أسفار
لنشر نفيس الكتب والرسائل العلمية
دولة الكويت

الأسرار
مختصر

في مسائل الخلاف

صنعة

أبي زيد الدبوسي

القاضي عبيد الله بن عمر بن عيسى الحنفي

(٤٣٠هـ)

تحقيق

د. خالد بن عمر العلمي

إشراف

عدنان بن فهد العبيات

الجزء الرابع

الطَّبْعَة الأُولَى
١٤٤٥هـ - ٢٠٢٣م

أَسْفَار
لِنَشْرِ نَفِيسِ الكُتُبِ والرَّسَائِلِ العِلْمِيَّةِ
دَوْلَةُ الكُوَيْت
E-mail: s.faar16@gmail.com
Twitter: @sfaar16

الإمام الذهبي

مَكتبةُ الإمامِ الذهبيِّ لِلنَّشرِ والتَّوزيع

الفرع الرئيسي: حولي - شارع المثنى - مجمع البدري - ت: ٢٢٦٥٧٨٠٦
فرع الصاحف: ت ٢٢٦١٥٠٤٦ - فرع الجهراء: الناصر مول: تلفون: ٩٥٥٥٨٦٠٨
فرع الفحيحيل: البرج الأخضر - شارع الدبوس - تلفون: ٢٥٤٥٦٠٦٩ - ٩٥٥٥٨٦٠٧
فرع الرياض: المملكة العربية السعودية التراث الذهبي - جوال ٠٠٩٦٦ ٥٥٧٧٦٥١٣٨
الخط الساخن: جوال: ٠٠٩٦٥ ٩٤٤٠٥٥٥٩

z.zahby74@yahoo.com Imamzahby

بسم الله الرحمن الرحيم

بِسۡمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحۡمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

كتابُ النِّكاح

قال: مسائل النّكاح تُبتنىٰ علىٰ معرفة:

* شرط النّكاح وركنه.

* وحكمه.

* وحقّه.

* [وثمرته.

* ووصفه في نفسه شرعا.

فنبدأ بالوصف لأنّه لبيان نفسه][١].

[١] ما بين [ ] ليس في «س»، «ص»، والمثبت من «ن»، «أ».

|٥٣٤| **مسألةٌ**: قال علماؤنا رحمهم الله: النّكاح أفضل من التخلّي لنفل عبادة الله تعالىٰ[١].

وقال الشّافعي رحمه الله(٢): التخلّي للعبادة[٣] أفضل إلا أن تتوق نفسه إلىٰ النّساء، ولا يجد الصبر علىٰ التخلّي.

واحتجّ بقول الله تعالىٰ: في قصة يحيىٰ صلوات الله عليه ﴿وَسَيِّدًا وَحَصُورًا وَنَبِيًّا مِّنَ ٱلصَّٰلِحِينَ﴾ [آل عمران: ٣٩]. والحَصور: الذي لا يأتي النّساء مع القدرة، فالله تعالىٰ مدحه به فلو كان النّكاح أفضل ما[٤] استحقّ المدحة[٥] به.

والاستدلال الفقهي: أنّ النّكاح عقد معاملة فيكون الاشتغال بالعبادة أولىٰ من الاشتغال به في الأصل قياساً علىٰ عقد التّجارات وسائر المعاملات، لأنّ المعاملات شُرعت لنا والعبادات شرعت لله تعالىٰ.

والدّليل علىٰ أنّ النّكاح معاملة أنّه مشروع صحيح من الكافر والمسلم، والعبادات لا تتأدّىٰ من الكافر.

ولأنّ النّكاح عقد شُرع لقضاء الشهوة فيكون الاشتغال بالصّلاة أولىٰ منه قياساً علىٰ الأكل والشرب والزراعة ونحوها، وهذا لأنّ اقتضاء الشهوة عمل بهوىٰ النّفس، والعبادة عمل بطاعة الله وما بُعث الرّسل عليهم السلام إلا لدعوة النّاس إلىٰ

[١] «ص» (التخلّي لعبادة الله تعالىٰ).

(٢) «الأم» (٥/١٥٥)، و«مختصر المزني» (٨/٢٦٤)، و«الحاوي الكبير» (٩/٣٢).

[٣] «ص» (لعبادة الله).

[٤] في حاشية «أ»: (لما، خ).

[٥] «ن»، «ص» وحاشية «أ» (المدح).

طاعة الله وخلاف هوى النّفس، بل العمل بهوى النّفس حرام ومعصية، وإنّما أبيح لضرورة القِوام وكونه سبباً لإقامة طاعة الله، إلا أنّه إذا تاقت نفسه إلى النّساء جعلنا النّكاح أفضل فراراً عن الزّنا بالحلال، فإنّ ترك المعاصي[١] فريضة، والاحتراز عنها واجب، فيكون أولى من نفل العبادات، وهذا كما إذا اضطرّ إلى الأكل افترُض عليه[٢]، وإذا أراد[٣] الصّوم في مرضه كان الفطر أولى، وكمن خاف[٤] الوقوع في السّؤال لو لم يكتسب فيكون الكسب أولى من نفل العبادة.

ولعلمائنا: ما روي عن أمّ حبيبة رضي الله عنها أنّها قالت: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «**من كان على ديني ودين داود وسليمان وإبراهيم فليتزوج، فإن لم يجد إليه سبيلاً فليجاهد في سبيل الله**»(٥)، قال رحمه الله: روى هذا الحديث [أبي][٦]، عمر بن عيسى بإسناده عن أمّ حبيبة، فجعل النّكاح من الدّين وجعله مقدّماً على الجهاد، فثبت أنّ أصله مشروع في الدّين يجب عمله لا لخوفه الزّنا على نفسه بتركه.

وقال ﷺ: «**النّكاح سنتي، فمن رغب عن سنّتي فليس منّي**»(٧)، فجعله

---

[١] «ص» (ترك الزنا وجميع والمعاصي).

[٢] «ص» (كلّما فيه ضرر عليه).

[٣] «أ» زاد.

[٤] «ص» (وهذا أيضا كمن خاف).

(٥) لم أجد الحديث في الكتب المسندة المشهورة، وقد أورده في كنز العمال (٢٨٠/١٦) (٤٤٤٦٦)، وأخرجه الديلمي في مسند الفردوس (٥٥٩٤).

[٦] «س»، «أ»، «ن» (ابنُ)، وفي «ص» (أبو). وهذا تحريف، والصواب المثبت، فإن المؤلف ينقل عن والده.

(٧) رواه ابن ماجه (١٨٤٦)، عن عائشة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله ﷺ: «النكاح من سنتي؛ فمن=

سنّة مطلقة والخصم يجعله سنّة مقيّدة إذا تاقت نفسه إليهن، ولأنّه جعله سنة بوعيده[١] على الرغبة عنه. ورَغب عنه بمعنى تركه في اللّغة(٢).

وقال الخصم: تركه أولى من فعله إذا لم تتق نفسه، وقال ﷺ: «**تناكحوا تكثّروا فإنيّ أباهي بكم الأمم يوم القيامة**»(٣). أمر وظاهره للإيجاب أو النّدب، وبيّن حكمته وهي[٤] تكثير الأمّة وعباد الله، فيكون التّسبيب[٥] لخلق عبد[٦] هو

= لم يعمل بسنتي فليس مني، وتزوجوا؛ فإني مكاثر بكم الأمم، ومن كان ذا طول فلينكح، ومن لم يجد فعليه بالصيام؛ فإن الصوم وجاء له». وفي إسناده عيسى بن ميمون وهو ضعيف. انظر: «البدر المنير» (٧/٤٢٥)، و«التلخيص الحبير» (٣/٢٤٩)، وفي معناه ما في صحيح البخاري (٥٠٦٣) ومسلم (١٤٠١) عن أنس بن مالك ﷺ، قال: جاء ثلاثة رهط إلى بيوت أزواج النبي ﷺ، يسألون عن عبادة النبي ﷺ، فلما أخبروا كأنهم تقالوها، فقالوا: وأين نحن من النبي ﷺ؟ قد غفر له ما تقدم من ذنبه وما تأخر، قال أحدهم: أما أنا فإني أصلي الليل أبدا، وقال آخر: أنا أصوم الدهر ولا أفطر، وقال آخر: أنا أعتزل النساء فلا أتزوج أبدا، فجاء رسول الله ﷺ إليهم، فقال: «أنتم الذين قلتم كذا وكذا، أما والله إني لأخشاكم لله وأتقاكم له، لكني أصوم وأفطر، وأصلي وأرقد، وأتزوج النساء، فمن رغب عن سنتي فليس مني».

[١] «ص» (بوعده).

(٢) انظر: «المحكم والمحيط الأعظم» (٥/٥١٦)، و«لسان العرب» (١/٤٢٣).

(٣) رواه بهذا اللفظ عبد الرزاق في مصنفه (٦/١٧٣)، برقم (١٠٣٩١) مرسلا عن سعيد بن أبي هلال. ورواه صاحب مسند الفردوس من طريق محمد بن الحارث، عن محمد بن عبد الرحمن البيلماني، عن أبيه، عن ابن عمر ﷺ، وقال: والمحمدان ضعيفان. انظر: «التلخيص الحبير» (٣/٢٤٨). ورواه أبو داود (٢٠٥٠)، والنسائي (٣٢٢٧) بلفظ: «تزوجوا الودود الولود، فإني مكاثر بكم الأمم»، وصححه ابن حبان (٤٠٥٦، ٤٠٥٧) عن معقل بن يسار ﷺ. وحديث أنس بن مالك ﷺ عند أحمد في مسنده (١٢٦١٣) ولفظه: «تزوجوا الودود الولود إني مكاثر الأنبياء يوم القيامة».

[٤] «ن»، «ص» (وهو).

[٥] «ن»، «ص» (السّبب).

[٦] «ص» (لحق عنه).

من أمّة الرّسول[١] فوق دعوة عبد موجود إلىٰ الإيمان به.

❁ **فإن قيل:** النّكاح عندي سنّة وأمر مرغوب فيه لا مرغوب عنه، ولكنّي أقول: التخلّي للعبادة خير منه وأفضل، وليس في هذين الخبرين بيانه.

❁ **قلنا:** النّكاح عندك سنّة مرغوب فيها لا لوضعه[٢]، فقد جعلتَه من المعاملات في تعليلك[٣]، وإنّما تجعله سنّة مرغوبا فيها لمعانٍ تتّصل به[٤].

وعندنا النّكاح في نفسه سنّة مرغوب فيها كنفل العبادات وإن كان يتمّ معاملة محضة، وفي الحديث إشارة إلىٰ أنّه سنّة لنفسه لا لغيره.

ووجه آخر: وهو أنّ النبي ﷺ تزوّج وأنهىٰ العدد المباح له واشتغل بهنّ عن التخلّي لعبادة الله[٥]، فثبت أنّه أفضل من التخلّي للعبادة، فقد اختار الله تعالىٰ لرسوله ﷺ أفضل مناهج الدّين وكذلك رسول الله ﷺ كان يجتهد لسلوك أفضل طرق الدّين.

وقد همّ قوم بالتخلّي وطلاق النّساء فردّ عليهم رسول الله ﷺ بطريقه ثم قال: «**وأرجو أن أكون أخشاكم لله وأعلمكم بما يتّقىٰ عنه**»(٦).

❁ **فإن قيل:** كانت نفس النبيّ ﷺ توّاقة إلىٰ النّساء فكان النّكاح له أفضل.

---

[١] «ص» (وهو أمر الرّسول).

[٢] «ص» (لا لوصفه).

[٣] «ص» (في علتك).

[٤] «ص» (بها).

[٥] «ن»، «ص» (للعبادة).

(٦) تقدم.

۞ قلنا: ولما ثبت أنّ الله تعالىٰ خلق الرّسول ﷺ علىٰ أحمد صفات عنده[١] وأدعاها إلىٰ طاعته[٢]، فلو كان الأفضل هو التخلّي للعبادة لخلَقه غير توّاق إلىٰ النّساء ليكون منهاجه في الدّين علىٰ أعلىٰ سبله[٣]، ولأنّ النبيّ ﷺ حين ردّ علىٰ من أراد التبتّل(٤) بيّن أنّ طريقه أفضل، وأخبر أنّه لا رهبانية في الإسلام(٥)، ولأنّ في الواحدة كفاية للفرار عن الزّنا، فثبت أنّ الزّيادة إلىٰ كمال العدد لم تكن إلا لأنّه أفضل من التخلّي للعبادة إلا أن يخاف الميل، وبهذا نطق كتاب الله تعالىٰ، فإنّ الله تعالىٰ أمرنا بواحدة والثنتين والثلاث والأربع[٦]، وبشرط خوف الجور قصر علىٰ الواحدة، فثبت أنّ التّرك مشروع بشرط، لا الفعل[٧].

وفي نهي النّبيّ ﷺ الذين أرادوا[٨] التبتّل عن التبتّل، والثّبات علىٰ النّساء دليل واضح علىٰ فضل حال النّكاح علىٰ التبتّل(٩).

---

[١] «ن» و«ص» (عند الله).

[٢] «ص» (لما أهمّه).

[٣] «ص» (سبيله).

(٤) روىٰ مسلم في صحيحه (١٤٠٢) عن ابن شهاب، أنه قال: أخبرني سعيد بن المسيب، أنه سمع سعد بن أبي وقاص، يقول: «أراد عثمان بن مظعون أن يتبتل، فنهاه رسول الله ﷺ، ولو أجاز له ذلك لاختصينا».

(٥) روىٰ مسلم في صحيحه (١٤٠٢) عن ابن شهاب، أنه قال: أخبرني سعيد بن المسيب، أنه سمع سعد بن أبي وقاص، يقول: «أراد عثمان بن مظعون أن يتبتل، فنهاه رسول الله ﷺ، ولو أجاز له ذلك لاختصينا»..

[٦] «ن» (أمر بالثنتين والثلاث والأربع)، وفي «ص» (أمر بالواحدة والثلاث والأربع).

[٧] «ص» (في الفعل).

[٨] «ن» (الذي أراد).

(٩) تقدم نصه وتخريجه.

ووجه آخر: ما روي عن النّبيّ ﷺ أنّه قال: «إنّ من أحبّ المباحات إلىٰ الله تعالىٰ العتاق، وأبغضها إلىٰ الله الطّلاق»(١).

والطّلاق مشروع لقطع النّكاح فصار مبغّضا شرعاً في نفسه ووضعه إلا لعارض، فعلم أنّ النّكاح في وضعه[٢] وأصله محبوب الله إلا لعارض جورٍ فيه، لا أنّه من المعاملات المباحة إلا لعارض.

والفقه[٣] في المسألة: هو أنّ النّكاح شرع لمصالح دينية عامّة فيكون أولىٰ من التخلّي لنفل العبادة قياساً علىٰ القضاء والسلطنة بحق والجهاد في سبيل الله.

وإنّما قلنا ذلك لأنّه للقيام[٤] علىٰ النّساء وحفظهن والنّفقة عليهن، والازدواج الذي فيه صلاح العالم وسبب لبقائه إلىٰ يوم القيامة، وصلة[٥] بين الأجانب، وتأسيس للقرابات المحترمة، وتسبيب لتجديد الوصلات المحترمة، وتكثير عباد[٦] الله وأمّة رسول الله ﷺ، وتحقيق مباهات الرّسول ﷺ بهم يوم

---

(١) رواه عبد الرزاق في «مصنفه» (١١٣٣١) وابن أبي شيبة في «مصنفه» (١٨٣٢٩)، والبيهقي في «سننه الكبير» (١٥٢٢٣)، والدارقطني في «سننه» (٦٣/٥ برقم ٣٩٨٤)، عن معاذ بن جبل رضي الله عنه ولفظه: «ما خلق الله شيئا علىٰ وجه الأرض أبغض إليه من الطلاق وما خلق الله شيئا علىٰ وجه الأرض أحب إليه من العتاق». وفي إسناده حميد بن مالك وهو ضعيف. انظر: «نصب الراية» (٢٣٤/٣).
والحديث مروي عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما بلفظ: «ما أحل الله شيئا أبغض إليه من الطلاق». رواه أبو داود (٢١٧٧)، وابن ماجه (٢٠١٨)، والبيهقي (١٥٠٠٦)، والحاكم (٢٨١٠) وقال: هذا حديث صحيح الإسناد، ولم يخرجاه. ورجح أبو حاتم الرازي إرساله. انظر: علل الحديث (١١٧/٤).

[٢] «ص» (في وصفه).

[٣] «ن»، وحاشية «أ» (والعلّة).

[٤] «ص» (شرع للقيام).

[٥] «أ» (ووصلة).

[٦] «ص»، وحاشية «أ» (عبادة).

القيامة[١]، فتكون المصلحة العامّة الدينية أولى من التخلّي للعبادة إلا أن يخاف الجور فيدعه فراراً عن المعصية كالخلافة والحكومة ونحوها من أمور العامّة، وكما إذا تاقت نفسه إلى النّساء.

وإنّما قلنا ذلك: لقول الله تعالى: ﴿ٱلرِّجَالُ قَوَّٰمُونَ عَلَى ٱلنِّسَآءِ﴾ [النساء: ٣٤]، وهم الأزواج. ألا ترى أنّه[٢] قال: ﴿وَبِمَآ أَنفَقُواْ مِنۡ أَمۡوَٰلِهِمۡۚ﴾ [النساء: ٣٤] والنّفقة على الأزواج دون الأجانب، ولأنّه بالإجماع: الزوج هو الذي يحفظ امرأته، ويمسكها حيث شاء بحقّ الملك له عليها[٣]، لا تخرج إلا بإذنه، والنّساء في جبلّتهن يضِعن بغير رجل يحفظهن، فإنّهن[٤] لحم على وضم(٥) إلا ما ذُبّ عنه، ولا يتمّ الحفظ إلا بالأزواج عادة، وكذلك النفقة لهن تلزمهم من مالهم صلةً لهنّ، فهذه أحكام ثبتت شرعاً بنفس العقد قبل اقتضاء[٦] الشهوة والوصول إليه، وكذلك النّسب.

وكذلك الله تعالى حكم ببقاء العالم إلى يوم القيامة وعلّقه بالتناسل، ولا نسلَ على[٧] ما شرع الله تعالى إلا بملك، ولا ملك على أصل ما خلق الله تعالى من الحريّة إلا بالنّكاح، فيكون النّكاح هو سبب بقاء العالم شرعاً، لأنّ غيره منهيّ

[١] «ص» (يوم القيامة حكما وشرعا).

[٢] «ص» (لأنّه).

[٣] «ص» (لها).

[٤] «س»، «أ» (فإنّه) والمثبت من «ن».

(٥) مثل مشهور، والوضم: الخوان الذي يوضع عليه اللحم عند الشواء، ومعناه: أنهن ضعاف لا يمتنعن إلا إذا منعن. انظر: «جمهرة الأمثال» (٢/٣٠١).

[٦] «ص» (قضاء).

[٧] «ن» (ولا سبيل إلى).

عنه شرعاً ، والبقاء حكم ماضٍ لا بدّ منه ، ولما علّقه ـ بسبب شرعه لنا ـ علم أنّه طلب منّا الإبقاء[١] بذلك السّبب وأنّه لا بدّ منه فيصير فرضاً أصله ، وفيه تكثير عباد[٢] الله وأمّة رسول الله وتحقيق مباهاة الرّسول ﷺ بالكثرة علىٰ ما قاله الرّسول ﷺ.

وهذه أمورٌ كلّها أحمد من أمور الإمارة ، فالأمير يقوم بمصالح النّاس التي بها سكون الفتنة وقيام المعدّلة ، وأنّه سبب لبقاء[٣] النّفوس القائمة لا لوجود ما لم يوجد بعد ، فلا يتعلّق به البقاء إلىٰ يوم القيامة. وكذلك يرزقهم من مال بيت المال لا مال نفسه ، ويعدم فيه صلة الأجانب وتأسيس القرابة وحفظ النّساء عن الزّنا.

❁ فإن قيل: الأمير ينوب عن النّاس في مصالحهم فكانت حسبة[٤] وضعا ، ما يملك لنفسه به شيئاً ، والزوج بالنّكاح يملك المرأة ويقضي شهوته منها ، وسائرها التي ذُكرت زوائد فيه فيكون العبرة للأصل فيصير من جملة المعاملات التي شرعت لحظوظنا ، أو الأفعال التي أبيحت لضرورة[٥] دعوة طباعنا كالأكل والشرب والتنفّس والتغوّط ونحوها.

❁ قلنا: إنّ الإمارة ترغب فيها النّفوس لاقتضاء شهوة الجاه[٦] والولاية

---

[١] «ص» (الإتيان).

[٢] «ص» (عبادة).

[٣] «ص» (لقيام).

[٤] «ص» (حسنة).

[٥] «ص» (أنتجت بضرورة).

[٦] «ص» (الجماع).

ونفاذ الأمر أكثر ممّا ترغب في النّكاح لاقتضاء شهوة الفرج ألا ترىٰ أنّ الإمارة مطلوبة بين النّاس بالقتال وجرّ العساكر [وإنفاذ الحرابىٰ][١] بهوىٰ النّفوس دون رغبة في الآخرة وطاعة الله، ولا ترغب في النّكاح بمثل هذه المكاره والكلَف، وشهوات كبار النّفوس في الجاه ونفاذ الأمر، والتأمّر فوق شهوات النّفوس في الجماع، إلا أنّ الشرع ما شرع الإمارة لحكمة اقتضاء شهوة الجاه[٢] والعلوّ في الأرض، بل ذلك إنّما يكون لأهل الجنّة في الآخرة، لكن لإقامة مصالح النّاس وحفظهم وإصلاحهم وإلزامهم أحكام الله تعالىٰ، فصارت بما عليه لله طاعة وحسبة علىٰ ما شرعها الله. إلا أنّ الله تعالىٰ جعل شهوات النّفوس داعية إلىٰ الإمارة ليتولاها المطيع والعاصي، وجعل ركنها علىٰ نهج أركان المعاملات لئلا يفوت مصالح العامّة بعدم النيّة، ولا يفسد الأمور التي بها قوام العالم[٣]، فكذلك النّكاح مشروع من الله لا لاقتضاء الشهوة فلها دار الآخرة. ألا ترىٰ أنّ الله تعالىٰ حرّم الجماع في الأدبار[٤] لأنّها تتمحّض لاقتضاء[٥] الشّهوة، بل شرعه للإزدواج[٦] والقيام علىٰ النّساء وحفظهن، فهنّ جبلن علىٰ الضّياع بدون قيّم من الرّجال، ولحمالة النفقة فإنهن عاجزات عن التكسّب، والنسل الذي علّق به بقاء العالم ووجود عباد الله الذين منهم أولياؤه.

فصار بما عليه من الأعمال لله طاعة وحسبة، غير أنّ الله تعالىٰ سلّط شهوات

---

[١] ما بين [ ] ليس في «س»، «ص» والمثبت من «ن»، وحاشية «أ».

[٢] «ن» (الجماع).

[٣] «ن»، وحاشية «أ» (بقاء العالم وقوامه).

[٤] «ن» (محلّ الأدبار).

[٥] «ص» (لتمحض اقتضاء).

[٦] «ص» (للأزواج).

النّفوس داعية إليه ليتولّاه المطيع والعاصي، وجعل ركنه ركن المعاملات كيلا[١] يفوت هذه المصالح، ولا يتبدل ما حكم الله تعالىٰ من البقاء[٢] بفساد قصد العباد، ويكون المنكِر لطاعته تحت[٣] طاعته والعمل له كالمطيع.

دلّ عليه: إذا تاقت نفسه، فإنّه إنِ اعتذر بأنّ فيه حفظاً عن الزّنا، ففي نكاح الذي لا تتوق نفسه حفظ المرأة عن الزنا فلا يختلفان فيه. وقد سئل رسول الله ﷺ عن الجماع: «أنقضي شهواتنا ونثاب عليها، فقال: نعم»(٤)، للحكمة التي قلناها. ألا ترىٰ أنّ التسبّب لدفع الهلاك عن الحيّ[٥] خير من صلاة النّفل، فالتّسبب[٦] للوجود يكون فوقه.

ثم تفضيل[٧] الإمارة والنّكاح علىٰ التخلّي للعبادة لمعان معقولة: منها:

أنّ المتخلّي للعبادة عامل لنفسه والمحتسب لإقامة المصالح عامل لله تعالىٰ، لأنّ إقامة مصالح عبيد الله تكون علىٰ الله كالرزق والحياة ونحوهما، والعبد نائب عن الله في إقامتها.

فأمّا العبادة فعلىٰ العبد فيصير عاملاً لنفسه لا نائباً عن الله تعالىٰ، فتكون النيابة فوق عمل الابتداء، كمن يقضي دَين إنسان عنه محتسبا[٨] أو يصل له صلة

---

[١] «ن» (لئلا)، وفي «ص» (فلا).

[٢] «ص» (به من البقاء).

[٣] «س» و«ن» (تجب)، والمثبت من «أ».

(٤) رواه مسلم (٧٢٠) عن أبي ذر رضي الله عنه.

[٥] «ن»، وحاشية «أ»: (الحر).

[٦] «ص» (والسبب).

[٧] «ن» و«ص» (تفضل).

[٨] «ن»، وحاشية «أ» (محسنا).

فيكون القضاء عنه فوق الصّلة له.

ولأنّ ما على الله من الرزق وبقاء العالم إلى حينه وإقامة مصالح ضمنها لهم حقّ واجب، فيصير من الفروض المشروعة[١] لما فيه من ضروب حسبة على ما ذكرنا.

والحسبة مما أمر بها الشّرع حقاً لله تعالى فتكون فوق النّافلة المشروعة[٢]، إلا أنّه من فروض الكفاية فإذا قام المقصود من أنكحة البعض سقط عن الآخرين، ولن يتصور اجتماع العالم كلّه على التبتّل ليظهر الفرض.

ولأنّ المتخلّي للعبادة خيره يخصّه وخير المحتسب يتعدّى إلى غيره.

ولا خلاف أنّ من[٣] ديننا أنّ ولي العِشرة أفضل من ولي العزلة، وولي العِشرة في المخالطة والتحبّب إلى النّاس بالخلق الحسن ونفس العشرة من المعاملة توجد من الكافر والمسلم.

ولأنّ خيره في العبادة ينقطع بموته، وخير النّكاح يبقى بعد موته بولد صالح يدعو له بعد موته على ما جاءت به السنّة، وهو قوله ﷺ: **«إذا مات ابن آدم انقطع عمله... إلى آخره»**(٤). وقرن الولد بالصدقة الموقوفة الجارية بعد الموت بخلاف كسب المال، فإنّ التخلي للعبادة خير منه، وإن تعلّق به ثواب الصّدقة

---

[١] «ص» (الشرعية)، وفي حاشية «أ» (فيكون فوق النافلة الشرعية).

[٢] «ن» (الشرعية).

[٣] حاشية «س» (في).

(٤) رواه مسلم (١٦٣١)، عن أبي هريرة رضي الله عنه، ولفظ الحديث عنده: «إذا مات الإنسان انقطع عنه عمله إلا من ثلاثة: إلا من صدقة جارية، أو علم ينتفع به، أو ولد صالح يدعو له».

وبقاء النّفس المحكوم به إلى حينه، لأنّ[١] بقاء النّفس بالأكل وأنّه يحلّ بغير ملك ممّا أبيح له، وإنّما يحرّم[٢] إذا ارتفعت الإباحة بإحراز مالك. فلما تعلّق البقاء بالأكل، وذلك يحصل بالإباحة وهي ثابتة أصلاً مما خلق الله لنا ممّا ننتفع به، وأحلّ لنا إلا بإحراز مالك، لم يجب الكسب أصلاً، بل عند الحاجة إليه إذا لم يكتف بالمباح.

ولأنّ ملك المال في نفسه من محض حظوظ الدنيا يخصّ المالك فإنّه أمر مرغوب فيه للغنا والتموّل والتكثير منه لزيادة الغنا، ما في وقوعه حكم يجب غير الغنا لصاحبه، وذلك نفع يخصّه من حظوظ الدنيا كالسّلامة والصحّة ونحوهما.

وإنّما يتعلق به المصالح الدينية بعوارض مثل الزكاة بالاستنماء بعد بلوغ النّصاب وثبوت الغنا والصّدقة النافلة بإرادة صاحبه، فلا يصير خيراً في نفسه من الصّلاة دون ذلك العارض[٣].

وإذا خاف بأن احتاج كان الكسب ليأكل من كسبه خيراً من التخلّي للعبادة والأكل من مال النّاس. وكذلك إذا اكتسب ليكفي فقيراً، كان خيراً من نفل الصّلاة، فملك النّكاح في الأصل لمصالح دينية فلا يدَعُه إلا بعارض[٤] معصية يتّصل به، والكسب[٥] لحظّ عاجل فلا يأتيه إلا بعارض طاعة يتّصل به.

وكذلك الوطء أفضل من نفل الصّلاة لأنه في نفسه إمساك للمرأة بالمعروف،

---

[١] «أ» (إلى).

[٢] «ن»، وحاشية «أ» (وأنّها تحرم).

[٣] «ن» (تلك العوارض).

[٤] «ن» (لعارض).

[٥] «ن» (والتّكسب).

وأنّه حسبة واجبة عليه وكذلك موضوع ومشروع للولد وأنّه حقّ لله تعالىٰ ، فلا يدعه للصّلاة النّافلة إلا باتّصال معصية به ، بخلاف الأكل فإنّه حظ النفس وضعاً ، ما فيه إيصال[1] معروف إلىٰ غيره ليصير حسبة .

وكذلك حكمه يخصّه ، وهو قوة نفسه ، ما يتصل بغيره ، فكانت العبادة لله خيراً منه في الأصل إلا أن يخاف ضعفاً عن إقامة حقوق الله ، فيصير حينئذ الأكل خيراً لاتصال طاعات الله في عباداته وحقوقه به .

❁ فإن قيل: الله تعالىٰ خلق النّار وخلق خلقاً لها ، وأنه حُكم ماض لا بدّ أن يكون ، ولن يكون إلا بمعصية العباد ، ثم لم يكن إقامة المعصية التي بها يتعلّق وجود هذا الحكم مباحة ولا مأمورة .

❁ قلنا: إن الله تعالىٰ خلق النّار جزاء علىٰ المعصية ، زاجرة عنها لئلا يعصوه ، لا حكماً معلولاً[2] بالمعصية ، فحكم[3] الفعل ما وضع الفعل له ، والأفعال التي هي من معاصي الله وضعت لأحكام لها مرغوب فيها للفاعل ، حصلت لهم حين فعلوها كالوالد من الولد ، وإقامة شهوة المرأة بالجماع ونحوهما ، فأمّا الثواب والعقاب فجَزَاءان واجبان بحكمة الآمر لا بإيجاب الفعل .

وهذا كمن أسدىٰ معروفاً إلىٰ إنسان كان حكمه وصول النّفع إلىٰ المسدىٰ إليه ، ويلزمه المجازاة بحكم كرم الطبيعة وموجب الحكمة ليخرج عن المنّة .

ولما كان الجزاء بموجب الحكمة ، وذلك علىٰ الطاعة ليكون مرغباً وعلىٰ

---

[1] «أ» (اتصال).

[2] في «أ» (معلوما).

[3] حاشية «أ» (بحكم).

المعصية ليكون زاجراً، لم يدلّ الجزاء الزاجر على صيرورة سبب الجزاء مطلوبا منه، بل دلّ ذلك على كونه منهياً عنه، فالزاجر ما يُبيِّن ليكون مبتغى لعينه، بل لينزجر وينعدم بالانزجار، فأمّا بقاء النّسل بالوطء فحكم الفعل نفسه، والبقاء إلى يوم القيامة حكم أمضاه الله ابتداء وابتغاء لذلك، فصار سببه مبتغى كذلك، لأنّ الأحكام لا تبتغى إلا بأسبابها، والله تعالى أعلم.

فالخصم نظر إلى ظاهر وصف النّكاح فوجده من معاملات النّاس، وإلى الحكمة الظاهرة للنّفوس من فائدة اقتضاء الشهوة والاحتراز عن الزّنا، فجعل العبادة خيراً منه وجعله[١] من نظير الأكل والكسب. ونحن نظرنا إلى باطن حكمه على ما عليه دأبنا ودأبه في تعليلات النّصوص.

دلّ عليه: أنّ فطر المريض إذا خاف التّلف على نفسه خير من الصّوم، وفي الفطر اقتضاء شهوة، وفي الصوم خلافٌ لهوى النّفس وطاعة لله في أصله، لأنّه في حال المرض سبب تلف، والفطر سبب بقاء فصارت الطاعة في اكتساب سبب البقاء، وكذلك[٢] لا نجعل صوم الوصال أفضل من الصوم والفطر، لأنّ الوصال يضعفه عن الجهاد وقيام اللّيل والقيام بمصالح النّاس، إلا أنّه لما وجب حين الخوف دفعاً لضرر الطبيعة توقت بوقت الضّرر على ما ذكرنا.

فأمّا قصة يحيى فليس بحجّة، ففيها أنّ التخلّي لعبادة الله والصّبر عن النّساء أمر ممدوح[٣]، وإنّا لا نذمّه، لكن[٤] نقول النّكاح على إقامة شروطه أفضل منه،

[١] «ن»، وحاشية «أ» (وجعل النكاح).
[٢] حاشية «س»، وحاشية «أ» (ولذلك).
[٣] «ن»، وحاشية «أ» (ممدوح في الشرع).
[٤] «ن»، وحاشية «أ» (ولكنّا)، وفي «أ»، «ص» (ولكن).

كما مدح في الشرع الفرار عن الإمارة لمخافة[١] الجور، ثم كان التّولي بشروطها أفضل من العزلة، أو نقول: يحتمل أنّ العزلة[٢] والترهّب كان أفضل من العشرة في تلك الشريعة، ونسخ ذلك في شريعتنا وصارت العشرة خيراً من العزلة.

وعن الفقه: أنّا نجعل الصّلاة أولى من مباشرة المعاملة، ولا نفضّل النّكاح لأنّه معاملة، بل لأمور أخر بيّناها، فصرنا قائلين بحكم علّتهم، وكذلك الجواب عن الثاني.

ولهذا المعنى جعلنا نحن الطلاق أصله مكروهاً إلا لعارض[٣]، لأنّه يقطع ما هو محبوب في[٤] نفسه، وجعل الشافعي رحمه الله(٥) أصله مباحاً إلا لعارض ذمّه الشّرع يقترن إليه، كالفسخ للبيع لأنّه لقطع ملكٍ مباحٍ كملك اليمين.

دلّ لصحّة ما قلناه: أنّ الله تعالى يقول: ﴿وَهُوَ ٱلَّذِى خَلَقَ مِنَ ٱلْمَآءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُۥ نَسَبًا وَصِهْرًا﴾ [الفرقان: ٥٤]، منَّ بالنّسب والصّهر كما منَّ بأصل الخلق، وسبب النّسب والصهر هو النّكاح، وقد أُلحق في المنّة بالخلق[٦]، فصار بمنزلة ما لو جعل إلينا خلق البشر، ولو تُصوّر ذلك لكان الاشتغال به أولى من نفل العبادات. ألا ترى أنّ الاشتغال بدفع أسباب الهلاك عن الأحياء أولى من التخلّي للعبادة[٧]،

---

[١] «ص» (لمخالفة).

[٢] «أ» (الوله).

[٣] «ص» (بمعارض).

[٤] «ن» (عن).

(٥) «الأم» للشافعي (١٩٢/٥)، و«مختصر المزني» (٢٩٥/٨)، و«الحاوي الكبير» (١١١/١٠).

[٦] «ن» (بالمنة في الخلق).

[٧] «ص» (أولى من فضل العبادات).

لأنّه في الشّرع ملحق بالإحياء، وقد جُعل إلينا دفع أسباب الهلاك، فصار بمنزلة ما لو جعل إلينا حقيقة الإحياء.

قال: الكلام فيه إلى[1] أنّ النّكاح أصله لقضاء الشهوة، وغيره من المصالح تبع فيه، أو أصله للمصالح الشرعية وقضاءُ الشهوة تبع فيه، والله أعلم.

[1] «ن» (الأمر إلى)، وفي حاشية «أ» (الأمر فيه إلى).

فَصْلٌ

بيان الشرط[١]

ومن الشرط[٢] أن تكون المرأة من المحلّلات دون المحرّمات، وللنّاس اختلاف في معرفة أسباب الحرمة فنذكرها:

|٥٣٥| **مسألةٌ**: قال علماؤنا ﷺ: بنت الزّنا من المحرّمات على الزّاني، وقال الشّافعي ﷺ(٣): من المحلّلات، وكذلك ابنة الملاعنة التي لم يدخل بها الزوج على هذا الاختلاف.

واحتجّ بقول الله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ﴾ [النساء: ٢٣]، علّق الله تعالى الحرمة بابنة مضافة إلينا نسبةً بكتاب الله تعالى وتسمية، وابنة الزّنا حرام الإضافة إلينا بكتاب الله، فكانت غير المذكورة في الكتاب، فلا تدخل تحت التّحريم، بل دخلت تحت التحليل بقوله: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ﴾ [النساء: ٢٤].

ولأنّ الأصل عندي[٤] أنّ الحكم إذا علّق باسم وصفة كان الوصف علّته، وجرى مجرى الشّرط، فيقتضي وجود الحكم عند وجوده، وعدمه عند عدمه،

---

[١] «ن»، «ص» (الشروط).

[٢] «ن»، «ص» (الشرائط).

(٣) «الأم» (١٦٦/٥)، و«مختصر المزني» (٢٧٠/٨)، و«الحاوي الكبير» (٢١٤/٩).

[٤] «ص» (عندك).

كأنّه قيل[١]: حرّمت عليكم بناتكم لثبات[٢] النّسب منكم، ولا حرمة حيث لا ثباتَ[٣] نسبٍ، على ما بيّنا في أصول الفقه.

ودلّ عليه: أنّه غير جائز حمل الآية على البنت المخلوقة من ماء الرّجل بالزّنا، لأنّها لا تسمّى بنته[٤] شرعاً، والله تعالى علّق الحرمة بالمسمّاة[٥] (بناتنا) شرعاً لأنّ المشروع هو الثابت بكتاب الله أو سنّة رسول الله.

وكذلك ابنة الملاعنة لا تنسب إلى الزوج، فلا تحرم بآية البنات، وتبقى ربيبة، وهي بنت امرأته، فلا تحرم إلا بالدخول بامرأته على ما نصّ الله تعالى، لأنّ الله تعالى يقول: ﴿وَرَبَـٰٓئِبُكُمُ﴾ [النساء: ٢٣] أي بنات نسائكم اللاتي دخلتم بهن، أي بما سبق ذكره من نسائنا.

والنّظر فيها: أنّ الحرمة لو ثبتت لابنة الزّنا لثبت قياساً على ابنة الرِّشدة على ما بيّنا، ولا وجه لتعليل بنت الرّشدة من وجهين:

أحدهما: أنّ التعليل يردُّ قوله: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ﴾ [النساء: ٢٤].

والثاني[٦]: ما ذكرنا أنّ الحكم في الأصل علّق باسم وصفة، فيصير الوصف علّة موجبة إذا وجدت، ومعدمة إذا عدمت، فلا يجوز إبطالها بعلّة أخرى بغالب الرأي.

---

[١] «ن»، وحاشية «أ» (قال).

[٢] «ن»، «ص»، وحاشية «أ» (بنات).

[٣] «ن»، «ص»، وحاشية «أ» (بنات).

[٤] «أ» (بنتا)، «ص»، وحاشية «أ» (ابنة).

[٥] «ن»، «ص» (بالمسمّيات).

[٦] «ن»، «ص» (والآخر).

وأمّا الفقه: فالحرمة حكم ثبت كرامة من جانب المرأة، فلا تثبت لولد[١] الزّنا قياساً على النّسبة، وهذا لأنّ النّسبة حكم ثبت كرامة لبني آدم، اختصّ بها من بين سائر الحيوانات، وتعلّق بها أحكام فيها: كرامات من الحضانة والنّفقة والإرث والولايات، وكذلك حرمة النّكاح ثبتت كرامة، فإنّها أضيفت إلى النّساء، فقال الله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ﴾ [النساء: ٢٣]، وفي استحلالهن ضرب استذلال بالافتراش، وتملك بأصل العقد، فكان فيه ضرب استرقاق، فتكون الحرمة كرامة.

ألا ترى أنّ المسلمة تحرم على الكافر من كل وجه وطئًا، وابتداءَ عقدٍ، وتحلّ الكافرة للمسلم إذا كانت كتابية، فعلمنا أنّ حرمة نكاح المسلمة، كانت لما في الحلّ من ضرب استذلال بالنّساء لا يكون بالرجال، ولأنّ الله تعالى علق الحرمة بأسماء تدلّ على استحقاق الكرامة نحو[٢] اسم الأمّ والبنت والأخت، وعلى عكس ذلك[٣] لمّا حرمت أمّ الزّنا على ابنها ثبتت النّسبة بينهما، فثبت أنّهما يجريان مجرى واحداً وأنّه لمعنى معقول، وهو أنّ الولد يضاف إلى الرّجل بالماء لا غير، أو بما يدلّ عليه ويكون سبباً له، لأنّه لا ولادة من جانبه، فإن كان الماء بزنا كان عدواناً محضاً ما له تأويل إباحة شرعاً، ولهذا رجم عليه، وأنّه يسقط بشبهة الإباحة لم يكن سبباً لثبوت ما هو كرامة من النّسبة وحرمة النّكاح.

فأمّا الولد فمضاف[٤] إلى الأمّ بالولادة الحقيقية، والولادة لا توصف

[١] «ص» (لبنت).

[٢] «س» (بحق) والمثبت من «أ»، «ن»، «ص».

[٣] «ص» (هذا).

[٤] «ص» (فصار).

بالعدوان فإنّها تكون بالله تعالىٰ، لا صنع للعباد فيها، ولو تصوّر منها صنع لكانت مأمورة به كما تؤمر قبل ذلك بالصيانة في البطن، بالتجنّب عن أسباب الإسقاط، وبعد الولادة بالحضانة والإرضاع والتّربية، فالولد مخلوق الله لا يوصف بالعدوان، إنّما العدوان في فعل الوطء وإلقاء البذر، فكانت حرمات بني آدم ثابتة للولد الذي لم يذنب شيئاً.

ألا ترىٰ أنّ الأمّ لا ترجم ما دامت حاملاً صيانة للولد، فلما كانت هذه الكرامة ثبتت للأمّ بكونها والدة، والاسم ثابت لها بالولادة، ولا عدوان فيها ساوىٰ الولدُ عن رشدةٍ الولدَ عن زنية.

ولما ثبت الاسم للأب بإلقاء البذر افترقا، لأنّ الإلقاء بالزّنا عدوان محض وبالنّكاح حلال، ألا ترىٰ أنّ الولاية[١] لما كانت من الكرامات لم تتغير من [جانب][٢] الأمّ، وكذلك الإرث، وتغيرت من جانب الرّجل، ولهذا قلنا إذا ملك ولده عن زنا لا يعتق عليه، لأنّ العتق صلة وكرامة، وكذلك لا يصير محرماً لابنته عن الزّنا لأنّه من الكرامات وفيه ضربُ إطلاق وتغريب.

وكذلك تقبل شهادة كلّ واحد منهما لصاحبه لأنّ الردّ ثابت بتهمة كذب بينهما بداعية القرابة، وهي منقطعة شرعاً، فلم تبق التّهمة لزوال العلّة.

ولهذا قلنا[٣]: الزّنا لا يوجب حرمة المصاهرة لأنّها أخت حرمة النّسب علىٰ ما يأتيك البيان.

---

[١] «ص» (الولادة).

[٢] ما بين [ ] ليس في «س»، والمثبت من «أ»، «ن»، «ص».

[٣] في حاشية «أ» (قال).

وقال: رخص السّفر[١] لا تثبت بالسّفر لقطع الطريق، لأنّه عدوان محض، فلا يكون سبباً للخفّة، فإنّها من الكرامة[٢]، والغصب عدوان محض، فلا يكون سبباً للملك به، ولا يلزم استيلاد الرجل أمة ابنه، فإنّه لا يتمّحض عدواناً لما له من ولاية التملّك على ولده عند الحاجة.

وكذلك استيلاد أمة مشتركة بينه وبين غيره[٣] لأنّ قدر ملكه مبيح [يكفي لثبوت النّسب][٤]، وكذلك إذا زفّت إليه غير امرأته، فدخل بها لأنّ الزّفاف على أنّها امرأته تأويل مبيح شرعاً.

ألا ترى أنّ النّسب يثبت منه، وكذلك النّكاح الفاسد الذي اختلف فيه العلماء مباح من وجه، ولهذا قال: لبن الميتة[٥] لا يوجب الحرمة، لأنّ اللّبن تحرم عينه [وينجس][٦] على أصله، فيصير شربه كشرب الخمر عدواناً محضاً كالزّنا.

ولعلمائنا: أنّ ولد الزّنا بعضه، فيكون حرمة النّكاح ثابتة قياساً على ولد الرِّشدة، وعلى جانب الأمّ.

والدّليل على البعضية: أنّ حكم البعضية ثابت بين الآباء والأولاد إذا كانوا عن رشدة بحكم الانخلاق[٧] من مائهم، وأنّه موجود كذلك في الزّنا، فالولد لا

---

[١] «ص» (المسافر).
[٢] «ص» (كرامة من الله تعالى).
[٣] «ص» (شريكه).
[٤] ما بين [ ] ليس في «ن»، وفي «ص» (كاف للاستيلاد).
[٥] «أ» (الميت).
[٦] ما بين [ ] ليس في «س»، «ص» والمثبت من «ن»، وحاشية «أ».
[٧] «ن»، «ص»، وحاشية «أ» (الأعلاق).

يخلق إلا من مائين.

والدّليل على اعتبار البعضية إذا كان عن رشدة: أنّ الخصم يعتقه[١] على الأب بالبعضية، ولا يعتقه[٢] على الأخ لعدم البعضية، وقد قال النبيّ ﷺ لفاطمة: «إنما هي بَضعة مني»(٣).

ولا إشكال فيه فالماء بعض منّا، ولا انخلاق[٤] إلا بالمائين، وأصل الماء[٥] ليس ينعدم وإنّما يتحوّل من حال إلى حال، والله تعالى يقول: ﴿مِنْهَا خَلَقْنَٰكُمْ﴾ [طه: ٥٥] أي من الأرض، لأنّ أصل آدم ﷺ كان من الأرض.

وكذلك الشّافعي ﷺ(٦) لا يجيز[٧] التّضحية بولد نعجة من الغنم أبوها فحل من الظّباء، ولا يكمل بها نصاب زكاة الغنم، فثبت أنّ البعضية ثابتة بماء الرّجل.

والدليل على أنّ هذا الوصف علّة الحكم أن في النّكاح ضرب تملّك ورِقّ على النّساء على ما ذكر الخصم.

وقال رسول الله ﷺ: «النّكاح رِقّ»(٨)، والشرع حرّم استرقاق الأبعاض،

---

[١] «ن»، «ص» (يعتقهم).

[٢] «ن»، «ص» (يعتقهم).

(٣) رواه البخاري (٣٧١٤)، ومسلم (٢٤٤٩)، عن المسور بن مخرمة ـ ﷺ ـ.

[٤] «ن»، «ص» (أعلاق).

[٥] «ص» (الولد).

(٦) «الأم» (٢/٢٠)، و«البيان في مذهب الإمام الشافعي» (٣/١٤١)، و«الحاوي الكبير» (٣/١٣٤).

[٧] «ن» (يجوز).

(٨) رواه سعيد بن منصور (١/١٩١) عن عروة بن الزبير، عن أسماء بنت أبي بكر موقوفًا. قال البيهقي=

وإرقاق[١] الملك عليها كرامة، وكذلك حرّم على [الرجل][٢] الاستمتاع ببعضه من الكفّ والفخذ ونحوه. وحرّم باللّبن لشبهة البعضية من حيث أنّ النّشوء يقع به.

❁ [فإن قيل][٣]: البعضية من جانب الرّجال لا تعرف حقيقة، لأنّ المرأة ربمّا خانت وولدت من ماء آخر، وإنّما تعرف بالنسبة[٤]، فإذا انقطعت النّسبة[٥] انعدم دليل البعضية منه، فصار الوصف غير مسلّم في الفرع.

❁ قلنا: إذا كانت حقيقة البعضية بالماء وأنّه أمر باطن لا يمكن بناء الحكم عليه، وجب التّعليق بالسبب الظاهر له، وهو الوطء على ما بيّنا في أصول الفقه.

ألا ترى أنّ من قال لامرأته: إن كنت تحبينني فأنت طالق، فأخبرت بالمحبّة طلقت وإن كذبت وأنكر الزوج، وكذلك إذا قال لها: إن حضت فأنت طالق، فقالت: حضت، طلقت وإن أنكر الزوج، بخلاف سائر الشّروط لأنّه باطن، فقام الخبر عنه الذي هو سبب ظهوره مقامه، كأنّه قال[٦]: إن أخبرتني عن محبّتك أو حيضك فأنت طالق.

= في «السنن الكبرى» (٧/١٣٣): «ويذكر عن أسماء بنت أبي بكر ﷺ، أنها قالت: إنما النكاح رق فلينظر أحدكم أين يرق عتيقته وروي ذلك مرفوعا والموقوف أصح». وانظر: «تخريج أحاديث إحياء علوم الدين» (٢/٩٧٢).

[١] «أ»، «ن» (وإبقاء)، وفي «ص» (وإنّما).

[٢] ما بين [ ] ليس في «س» والمثبت من «أ»، «ن»، «ص».

[٣] ما بين [ ] ليس في «س» والمثبت من «أ»، «ن»، «ص».

[٤] «ن» (الشبه)، وحاشية «أ» (بالشبهة).

[٥] «ن» (الشبه)، وحاشية «أ» (الشبهة).

[٦] زاد في حاشية «أ» (لها).

وكذلك رخص السّفر تعلّقت بالمشقّة وأنّها أمر باطن، فقام السّبب الظاهر وهو السّفر مقامها، وإذا كان كذلك لم تصر النّسبة[١] دليلاً على ثبوت البعضية، بل الوطء من أهل الأعلاق امرأةً هي من أهل العلوق، والولاد[٢] عقيبه بمثل ما تلد له النّساء، والنّسبة حكم هذا الوطء كالحرمة وهما حكمان يجوز أن يجتمعا ويجوز أن[٣] يفترقا على ما نُبيّن، فلا يكون أحدهما دليلاً على الآخر ثبوتاً ولا زوالاً.

ويدلّ عليه: أنّ من زنا ببكر ثم أمسكها وحفظها ليلاً ونهاراً ولم يفارقها حتى ولدت، عُلِم يقيناً أنها ولدت منه، فثبت أنّ البعضية تعلم بغير[٤] نسبة[٥]، إمّا حقيقة وإمّا بقيام الوطء مقام حقيقة العلوق من مائه، كالولادة[٦] من جانب المرأة.

❊ **فإن قيل**: إنّ ماء الرّجل يصير مستهلكاً بماء المرأة فيصير الحكم لجانب المرأة من حيث البعضية، ألا ترى أنّه يتبعها رقاً وحريّة، وفي سائر الأحكام الثابتة في أجزاء الأمّ.

❊ **قلنا**: [نعم][٧] جانبها أقوى ولا شكّ فيه، إلا أنّ أصل البعضية لا ينعدم على ما بيّنا من الحجج والأحكام، وإنما يضعف، وبضعف حكم البعضية لا

---

[١] «ص» (الشبهة).

[٢] «أ»، «ن»، «ص» (الولادة).

[٣] «أ» (يجتمعا وأن).

[٤] «أ» (من غير).

[٥] «ن» (شبه)، وحاشية «أ» (شبهة).

[٦] «ص» (والولاد).

[٧] ما بين [ ] ليس في «س» والمثبت من «أ»، «ن»، «ص».

يسقط حرمة النّكاح، وقد تعدّت إلى اللّبن الذي له شبهة البعضية، وعن حقيقة ملك اليمين إلى حقّ الملك، فحرمت أمة المكاتب على المولى كأمة[١] نفسه، وما له في أمة المكاتب إلا حقّ. وكذلك حرمت المعتدّة على الأجانب كالمنكوحة، والعدّة حقّ نكاح، فكذلك بانقطاع النّسبة يضعف حكم البعضية، ولكن مع هذا لا يكون أضعف من البعضية الثابتة باللّبن، وبنفس النّكاح بلا وطء أصلا.

❁ فإن قيل: لما وجبت الإحالة إلى الوطء وأنّه عدوان محض إذا كان عن زنا، لم يصلح لإثبات ما هو كرامة على ما بيّنا.

❁ قلنا: إنّا[٢] لا نثبت الحرمة بصفة أنّه عدوان كما لم نثبت الحرمة[٣] في النّكاح لأنّه عقد قضاء شهوة، بل نثبت الحرمة لأنّه حرث للولد على ما قال تعالى: ﴿نِسَآؤُكُمۡ حَرۡثٞ لَّكُمۡ﴾ [البقرة: ٢٢٣].

ومعنى الحراثة لا يختلف بالزّنية والرّشدة على ما قلنا، كزراعة الأرض لا تختلف في حقّ الزرع بالحلّ والحرمة، وكذلك التغذي من الأكل لا يختلف بالحلّ والحرمة، والوطء من حيث أنّه حرث للولد ليس بعدوان.

فالله تعالى ما أباح لحكمة اقتضاء الشهوة بل للحراثة، على ما مرّ بيانه، إلا أنّه حرم إلا بملك كيلا تشتبه الأنساب، ولا يضيع النّسل باشتباه الآباء، وعجز النّساء عن التكسّب والنّفقة بدون الرجال.

---

[١] «أ» (كأنه)، «ص» (كتابته).

[٢] في حاشية «أ» (إنما).

[٣] «أ»، «ن» (الحسبة).

ولأنّ الزاني في العادة لا يقصد بالزنا إلا اقتضاء شهوةٍ بسفح الماء، حتىٰ سمّت العرب الزّنا سفاحاً، والنّكاح إحصاناً(١) لما فيه من قصد الولد، وتحصين الماء، فلمّا اتّصل بالزّنا مع كونه[٢] حرثاً للنّسل ما يفيت[٣] المقصود من الحراثة حرُم بما اتصل به من المعنىٰ، وكان عدواناً من حيث أنّه سِفاح، ولم يحرم من حيث كان حرثاً في نفسه.

ألا ترىٰ أنّ الولد المخلوق منه له حرمات بني آدم وعهودهم في الدنيا والآخرة، وأنّه بمنزلة شرب الخمر لم يحرّم لما فيه من التغذّي الذي أبيحت له المشروبات، بل من حيث أنّه جناية علىٰ عقله لما فيه من وجوه الفساد التي قالها الله تعالىٰ، وتمحض عدواناً لزمه به الحدّ الذي لا يثبت مع الشّبهة.

وكذلك كفارة الفطر لا تجب مع الشبهة وتجب بجماع الأهل، وأنّه غير عدوان من حيث جماعها فإنّها حلال له، بل لأنّه أفطر عن صومه، وما في الإفطار شبهة إباحة، فتمحّض الفطر عدوانا، والحلّ في أنّه جماع أهله، وأنّه باب آخر، فكذلك ها هنا الحرمة في قصد اقتضاء الشهوة لا غير عند عدم الملك، فإنّ النّسب لا يثبت به منه، ولا يقصد عادة، ولا شبهة في القصد ولا عدم الملك، والحلّ[٤] في أنّه حرث للولد مع قصده وعدم الملك والحرث غير اقتضاء الشّهوة، كما أنّ الجماع غير الفطر والجناية علىٰ الصّوم، والجناية علىٰ العقل بشرب الخمر غير ما فيه من التغذي[٥] غير أنّ اقتضاء الشهوة من الوطء أمر ظاهر

---

(١) انظر: «تهذيب اللغة» (١٨٩/٤)، و«الصحاح» (٢١٠١/٥)، و«لسان العرب» (٤٨٥/٢).

[٢] «ص» (كونه سفاحا).

[٣] «أ»، «ن» (بقيت).

[٤] «أ» (ولكلٍّ).

[٥] «أ» (التعدّي).

فعلّل الخصم به، وعللنا نحن بالحكمة الباطنة في[١] الحرث.

وكما لا يخلو الوطء عن الشهوة لا يخلو عن الحرث، فالحرث في إلقاء البذر في المنبت دون النّبات، فلا يصير الحرث فرعا[٢] وتبعاً لقضاء الشهوة كما قلنا في أصل النكاح.

ألا ترىٰ أنّ الله تعالىٰ وصف النّساء بأنهن حرث عند الإباحة، لا بأنهنّ محلّ[٣] اقتضاء الشّهوة، فعلم أنّ الأصل شرعاً وحكمة[٤] ما قلناه، وتعليق الشّهوة به للحكمة التي مرّت في المسألة الأولىٰ. ولهذا حرم وطء الأدبار مع مساواة الإقبال في الشّهوة، لمفارقتها الإقبال في معنىٰ الحرث والله أعلم.

فأشبه هذا ما ذكر[٥] الخصم من العذر في النّكاح الفاسد، ووطء الأمة المشتركة، واستيلاد الأب جارية ابنه، فقد أثبت الحرمة بها لما فيها من وجه الحلّ دون الحرمة، وكذلك الحرمة ثابتة بين الولد والأمّ[٦]، وإن كان الأصل فيه ماؤها وحصل في الرحم بالزّنا كماء الرجل لأنّه حلال من حيث أنّه حرث كما وجبت الحضانة[٧].

فأمّا الولادة فإظهار لما خلق من مائها، [وأنّها][٨] لا تثبت بعضية، فلا

---

[١] «ن»، «ص»، «أ» (من).

[٢] «س» (منعا) والمثبت من «أ»، «ن»، «ص».

[٣] «ص» (علىٰ).

[٤] «ص» (وحكما).

[٥] «ن»، «ص» (قاله).

[٦] «ص» (قبل الأمّ).

[٧] «ن» (حرث كالحضانة).

[٨] ما بين [ ] ليس في «س» والمثبت من «ن»، وحاشية «أ».

تكون علّة للحرمة ولا للنّسبة إلا أنّ الشرع قطع النّسبة عن الرجل[١] بالزّنا حتىٰ لا يؤدي إلىٰ اشتباه النّسب، والاشتباه لا يتصوّر من المرأة فيثبت النّسبة، ولهذا ثبت الملك بالغصب إذا أدّىٰ ضمانه، فإنّه شرع سبباً لملك البدل عند الأخذ.

ولما كان كونه سبباً للملك أمراً مشروعاً لم يكن عدواناً، بل كان حلالاً مقضياً به، فصلح سبباً لملك المبدل أيضاً بهذا الوصف، لا بصفة أنّه عدوان وظلم، وكذلك قاطع الطّريق يترخّص في سفره عندنا لأنّه سائر ثلاثة أيام، ولا عدوان في سيره إنّما العدوان في أنّه قاطع الطّريق، وهما غيران.

وكذلك الزّنا يثبت[٢] حرمة المصاهرة من حيث أنّه حرث ولا عدوان فيه، كما أُثبت للولد الحرمة بهذه الصّفة، وعلىٰ هذا يخرج عدّة مسائل منها:

بيع الربا يوجب الملك لا لأنّه حرام بزيادة شرط أوجب الفساد، بل لأنّه حلال من حيث تبادل[٣] المال بالمال علىٰ ما بيّنا في موضعه.

وصوم يوم النّحر صوم لأنّه وضعه[٤] في وقته من اليوم والنهي عنه ورد لوجوب الفطر فيه، وبالصوم يصير تاركاً إياه كما يصير بجماع الأهل مفطراً، والحرمة في الإفطار دون جماع الأهل نفسه.

فأمّا الجواب عن قوله: إنّ النّص غير معلول فساقط علىٰ أصلنا، لأنّ النّص باسم خاص واسم بصفة خاصة، يجريان مجرىٰ واحداً علىٰ أصلنا، ويكون نصّاً

---

[١] «ص» (من الرّجال).

[٢] «ص» (سبب).

[٣] «ص» (تناول).

[٤] «ن»، «ص»، وحاشية «أ» (وصفه).

خاصاً ساكتاً عما عداه، ولا يقتضي نفياً عند عدمه فيصح تعليله وتعديته إلىٰ غيره كما لو لم يكن معه صفة.

وكذلك الوصف إن سلم أنّه علّة خاصة لا تمنع التّعليل بعلة عامة، فجائز تعليل النّص بعلتين: إحداهما خاصة والأخرىٰ عامّة، والعلّة لا تقتضي نفي الحكم عند عدمها[١].

وأمّا قوله تعالىٰ: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ﴾ [النساء: ٢٤] فإحلال لما وراء المحرّمات، ولما [صار][٢] نصّ التّحريم معلولاً وصار عاماً في جميع ما يتناوله العلّة، صار الإحلال منصرفاً إلىٰ ما وراء ما يتناوله علّة النّص.

وعن الثاني: أنّ الحرمة ليست كالنّسبة، فإنّها تثبت بالتطليقات الثلاث ولا نسبة هناك، ولأنّ النسبة لو بقيت مع الزنا لاشتبهت الأنساب في الأغلب، لأنّ الزانية عادة يأتيها غير واحد، فكان الرجل ينسب[٣] إلىٰ غير أبيه حينئذ، فقطع الشرع النّسبة بالزّنا لحكمة أن لا ينسب الرجل إلىٰ غير أبيه لضرب شبهة.

وأقام النّكاح الذي هو سبب تحصين[٤] مقام الماء حتىٰ لما[٥] لم يؤد إلىٰ الاشتباه من جانب الأمّ ساوىٰ الحلالُ الحرام فيه، فثبت أنّ الشرع قطع النّسبة بالزّنا احتياطاً للنّسب حتىٰ لا يثبت مع الاشتباه، وهذا المعنىٰ بعينه يوجب بقاء الحرمة لأنّها تحتاط لإيجابها لا لنفيها.

[١] «ن» (عدمه).

[٢] ما بين [ ] ليس في «س» والمثبت من «أ»، «ص».

[٣] «أ» (ينتسب).

[٤] زاد في حاشية «أ» (الماء).

[٥] «أ» (لو).

❁ **فإن قيل:** أليس النّسب يثبت بالنّكاح مع العلم بأنّه لم يدخل بها؟

❁ قلنا: لأنّ النّكاح في الأصل محصِّن والزنا مضيِّع، فلم يعتبر مع الأصل الأفراد التي تشذّ، بل ألحقت[١] بالجملة تيسيراً على ما عرف، ولأنّ المرء متى عرف أنّ ماءه يضيع بالزّنا ربما احترز عن الزّنا صيانة لمائه[٢]، وهذا المعنى بعينه يوجب بقاء الحرمة، فإنّه متى عرف أنّ الحرمات لا تثبت بالزنا كان سبباً للإقدام عليه، ومتى عرف أنّها تثبت فيفوته الحلال الدائم بحرام[٣] واحد احترز عن الزّنا رغبة في الحلال، ولأنّ النسبة[٤] في الأصل ثبتت[٥] لأنّه كسبه كما في العبد والدّار[٦]، وهذا المعنى يوجب التّحليل لا التّحريم فعلم أنّ النّسبة لا يجوز أن تجعل عَلماً على الحرمة شرعاً، فلا يكون انقطاعها علماً على انقطاع الحرمة، بل الحرمة في البعضية من الولد ليكون بمنزلة أبعاضه المتّصلة به، فيفوت بهذه الّصفة معنى الكسب المطلق للحّل، فبعضه لا يكون كسبه.

وكذلك ابنة الملاعنة فإنّ النّسب وإن انقطع فقد [بقي][٧] حقّ النّسب بدليل أنّه لو ادّعاه ثبت النّسب، ولو ادّعى غيره لم يثبت لحقه، وحقّ الحقيقة ملحق بها في تحريم النّكاح على ما مرّ.

---

[١] «ن»، «ص»، وحاشية «أ» (ألحق).

[٢] «س» (بحلال)، والمثبت من «أ»، «ن»، «ص».

[٣] «ن»، «ص»، «أ» (بحرام).

[٤] «ص» (النسب).

[٥] «أ»، «ن» (تثبت).

(٦) «ن» (والدابة).

[٧] ما بين [ ] ليس في «س»، والمثبت من «أ»، «ن»، «ص».

ولهذا قلنا تعتق عليه إذا ملكها[١] لأنّه كرامة علّقت بالبعضية ، وقد بقيت بالزّنا كذلك محترمة ولهذا قلنا يصير محرما ، لأنّه إن كان كرامة علّقت بقرابة مخصوصة بالماء فقد بقيت بالزّنا كذلك محترمة.

وإن قلنا المحرمية ثابتة لقلّة[٢] الشّهوة باعتقاد الحرمة كما ثبتت بين العجائز ومن لا أرب له من الرّجال لقلة الشهوة ، فالحرمة ثابتة ، وقلة الشهوة بسببها كذلك ثابتة.

وأمّا حرمان الإرث فلا يدلّ على زوال الحرمة ، فإنّ الحرمان يثبت بالكفر والرّق والحرمة [باقية][٣] ، بل الإرث يبتنى على الولاية لا يثبت[٤] حيث لا ولاية ، ولا ولاية مع الرقّ واختلاف الدينين.

والولاية نظير النّسبة فإنها من حقوق الإنسان العاجلة كالنّسبة ، فقطع الشرع بالزّنا ليكون زاجراً له عن الزّنا ، ولأن الزّنا كما يوجب اشتباه النّسب يوجب اشتباه الولي فيستويان.

وأمّا القصاص فإنّما سقط[٥] عن الأب لا لعلة البعضية ، فإنّ الابن يُقتل بالأب ، بل لفضيلة الأبوة ، وحرمة الأبوة ساقطة في مسألتنا ، فيحتمل أن تجب ويحتمل أن لا تجب وهو الأصح ، لأنّ شبهة الأبوة باقية بقيام الحقيقة وإن انقطعت شرعاً.

---

[١] «ن» ، «ص» (ملكه).

[٢] «ن» ، «ص» (لعلة).

[٣] ما بين [ ] ليس في «ن».

[٤] «ن» ، وحاشية «أ» (لأنه يثبت).

[٥] «أ» ، «ن» ، «ص» ، «أ» (يسقط).

والقصاص يبطل بالشبهات وباب الشهادة ووضع الزكاة لا رواية فيهما في الأصول، ويحتمل أن لا يجوز لاعتبار الاحتياط في باب الشهادة، وجواز الزكاة لأنها عبادة، وجانب الأمّ دليل ظاهر على ما قلنا، فإنّ الكرامة في حقها لأنها أصل الولد[١]، لا لأنها والدة على ما مرّ، والأصلية بالماء والرجل والمرأة سواء في ذلك، وفي سبب الإلقاء[٢] فقد كان زنا، إلا أنّ الإلحاق[٣] بالرّشدة من كل وجه لما لم يؤد إلى اشتباه النّسب من جانبها التحقت به من كل وجه واختلفا في الأب لمكان الاشتباه، ثم قطع النسبة[٤] لا يدل على رفع الحرمة فإنها تثبت حيث لا نسب[٥] كالمطلقة ثلاثاً، ولأنّا ذكرنا أنّ العلة في ابنة الرشدة البعضية لإثبات النّسب.

فصارت هذه المسألة نظير الأولى فإنّه نظر إلى الوصف الظاهر وهو الزّنا، كما سمى النّكاح عقد اقتضاء الشهوة، ونحن نظرنا إلى الباطن فقلنا: الوطء حرث للولد حرام لا من حيث هو حرث للولد[٦]، والنّكاح عقد قيام على المرأة وحفظ وحمالة نفقة وإقامة لحكم الله تعالى وتكثير عباد الله، وذلك دأبنا ودأبه في التّعليلات.

---

[١] «أ» (أهل الولادة).

[٢] «ن» (الإلغاء).

[٣] «ن» (الأعلاق).

[٤] «أ»، «ن» (النسب).

[٥] «ن»، وحاشية «أ» (شبهة).

[٦] «ن» (فقلنا: الوطء حراما حرث للولد).

|٥٣٦| **مسألةٌ:** ومن هذا الجنس: مسألة الزّنا فإنّه يوجب حرمة المصاهرة عندنا، وعنده لا يوجب(١) واحتج بقول الله تعالىٰ: ﴿وَرَبَٰٓئِبُكُمُ ٱلَّٰتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ ٱلَّٰتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ﴾ [النساء: ٢٣].

علّق تحريم الربيبة بالدخول بامرأته، لأنّ قوله ﴿بِهِنَّ﴾ كناية فينصرف إلىٰ ما سبق، وهن نساؤنا المذكورات في قوله: ﴿مِّن نِّسَآئِكُمُ﴾ فثبت أنّ الشرط دخول الرجل بامرأة مضافة إليه، والتّعليق بالشرط ينفي الوجود قبله[٢] أو يقتضي ابتداء الوجود معه.

وعندكم إذا زنا بامرأة حرمت عليه ابنتها، فيكون تعليقاً بشرط آخر غير المنصوص عليه فيكون نسخاً للأول، وقال تعالىٰ: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ﴾ [النساء: ٢٤].

والمذكورات في التحريم غير الزانيات، فالله تعالىٰ ما ذكر الزّنا في موضع منها، وسئل رسول الله ﷺ عمّن يبتغي من المرأة فجوراً أيحلّ له أن ينكح أمّها وابنتها، فقال: «**الحرام لا يحرّم الحلال**»(٣).

وفي السؤال كناية عن الفجور نفسه ولأنّ قوله: (**الحرام لا يحرّم الحلال**)، كلام تامّ بنفسه غير مقصور علىٰ حرف الجواب، فحرف الجواب أن يقول: لا.

---

(١) «الأم» للشافعي (٢٧/٥)، و«مختصر المزني» (٢٧٠/٨)، و«الحاوي الكبير» (٢١٤/٩).

[٢] «ن» (يقتضي بنفي الوجود قبله).

(٣) رواه ابن ماجه (٢٠١٥)، والدارقطني (٣٦٧٩)، عن ابن عمر رضي الله عنهما. ذكر ابن حجر في فتح الباري» (١٥٦/٩) أن إسناده أصلح من حديث عائشة الآتي. وانظر: «تنقيح التحقيق» للذهبي (١٨٩/٢)، «تخريج أحاديث الكشاف» (٤٢٠/٢).

فلا يعتبر جواباً بل يعتبر ابتداء، وعمومه[١] يتناول الزّنا وما دونه، بل الحقيقة للزّنا لأن ما دونه يحرم لأنّه بسبب الزنا[٢].

وعن عائشة نفسها رضي الله عنها أنها سئلت عمّن يتبع[٣] المرأة حراماً فقالت: (الحرام لا يحرّم الحلال، إنما يحرم ما كان بنكاح حلال)(٤). وعن ابن عباس رضي الله عنهما أنه سئل عمن غشي أمّ امرأته فقال: (الحرام لا يحرّم الحلال)(٥)، أو نحو هذا.

وأمّا المعنى: فلأن الزّنا وطء تمحّض حراماً، فلا يوجب حرمة المصاهرة قياساً على اللّواطة، ودليل التمحّض أنّه يحدّ عليه، والحدّ لا يجب مع الشبهة، وتأثيره ما مرّ أنّ المصاهرة نعمة وكرامة كالنّسب، فإنّ الله تعالى جمع بينهما ومنّ بهما جميعاً علينا، فلا يستحقّ النّعمة بسبب هو حرام محض، ولأنّ سببه في الأصل النّكاح[٦] وأنّه سنّة، أو الوطء الحلال، والسنّة والحلال لا تكونان بسبب

[١] «ص» (وعموم الحرام).

[٢] «أ»، «ص» (سبب للزنا).

[٣] «أ» (يبتغي).

(٤) الأثر روي مرفوعا عن عائشة ـ رضي الله عنها ـ قالت: سئل رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ عن الرجل يتبع المرأة حراما، أينكح ابنتها، أو يتبع الابنة حراما، أينكح أمها؟ قالت: قال رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ: لا يحرم الحرام الحلال، إنما يحرم ما كان بنكاح حلال. رواه البيهقي في سننه الكبير (١٤٠٧٧)، والدارقطني في سننه (٣٦٧٧)، والطبراني في الأوسط (٤٨٠٣) ذكر ابن حجر في «فتح الباري» (٩/١٥٦) أن في إسناده عثمان بن عبد الرحمن الوقاصي وهو متروك. وانظر: «تنقيح التحقيق» للذهبي (٢/١٨٨).

(٥) رواه سعيد بن منصور في «سننه» (١٧١٩) عن عطاء، عن ابن عباس رضي الله عنهما، في رجل فجر بأم امرأته، قال: «تخطى حرمتين، لا يحرم الحرام الحلال»، ورواه عبد الرزاق في «مصنفه» (١٢٧٦٩)، وابن أبي شيبة في «مصنفه» (١٦٢٣٣)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (١٣٩٦٠).

[٦] «ص» (ولأنّ شبهة الأصل هو النكاح).

العقوبة[١] فعلم أنّ الحرمة ثبتت كرامة، وعبر الشّافعي عنه(٢): أنّ الزنا فعل رُجمت عليه والنّكاح أمر حمدت عليه فلم يجز أن يعمل أحدهما عمل الآخر فقوله: رجمت عليه عبارة عن تمحّض الحرمة.

قال: ولأنّ الحرمة مرة ثبتت بالوطء ومرة بالعقد، ثم العقد الفاسد من النّكاح الذي لا يُثبت بنفسه النّسب، ما شارك الحلال في إيجاب حرمة المصاهرة فكذلك الوطء الحرام الذي لا يثبت النّسب لا يساوي[٣] الحلال المثبت للنّسب في إيجاب الحرمة، وتبين أنّ حرمة الصهر مبنية[٤] على سبب مثبت للنّسب، فإنّ الله تعالى جمع بينهما فقال: ﴿فَجَعَلَهُۥ نَسَبًا وَصِهْرًا﴾ [الفرقان: ٥٤].

ولأنّ للماء ضربي حرمةٍ؛ حرمة النّسب والصهر، وحرمة أن لا يختلط بماء آخر، فتجب العدّة أو الاستبراء صيانة، ثم ماء الزّنا لم يوجب عدّة ولا استبراء، فكذلك لا يوجب حرمة نسب ولا صهر.

ولعلمائنا: قول الله تعالى: ﴿وَلَا تَنكِحُوا۟ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ﴾ [النساء: ٢٢]، أي: لا تطؤوا ما وطء آباءكم من النّساء، لأن النّكاح في حقيقة اللّغة اسم للوطء ثم استعير للعقد لأنّه سبب له، ومطلق الكلام لحقيقته. والمراد بقوله: ﴿مَا نَكَحَ﴾ من نكح ـ والله أعلم ـ كقوله تعالى: ﴿وَمَا مِن دَآبَّةٍ فِى ٱلْأَرْضِ﴾ [الأنعام: ٣٨]. وقد دخل فيها الإنسان، ألا ترى أنّ الله تعالى قال في آخره: ﴿مِّنَ ٱلنِّسَآءِ﴾، ومِنْ للانتزاع عما سبق ذكره مبهما

---

[١] «أ» (سببا للعقوبة)، «ن»، «ص» (سببا لعقوبة).

(٢) «الأم» (١٦٥/٥)، و«مختصر المزني» (٢٧٠/٨)، و«الحاوي الكبير» (٢١٤/٩).

[٣] «ن» وحاشية «أ» (يشارك).

[٤] «ن» (مبني).

تفسيراً لما سبق.

والدليل على أن النّكاح للوطء حقيقة وللعقد مجازاً: أنّا وجدنا الإطلاق من العرب على الوطء والعقد، يقال[١]: تناكحت الفرا(٢): أي تناتجت، ولا عقد فيها.

ويقول الشّاعر:

كبكـــر تحـــبّ لذيـــذ النّكـــاح ✽ وتهـــرب عـــن صـــولة النّـــاكح(٣)

وقال آخر[٤]:

التـــاركين(٥) علـــى طهـــر نســـائهم ✽ والنـــاكحين بشـــطي دجلـــة البقـــرا(٦)

أي: الواطئين.

وقال النبّي ﷺ: «من نكح كفّه فهو ملعون»(٧)، ومن قال لامرأته: إن

---

[١] «ن» (فقالت).

(٢) في حاشية «س» وحاشية «أ»: الفرا: الحمار الوحشي، والفراء جماعة، مثل جبل وجبال. وانظر: «الصحاح» (٦٢/١)، و«مقاييس اللغة» (٤٩٨/٤).

(٣) البيت ينسب لإبراهيم بن هرْمة، وهو من المتقارب. انظر: «البصائر والذخائر» (١٥٥/٦)، و«لباب الآداب» للثعالبي (ص: ١٧٠).

[٤] «ن» (ويقول الشّاعر).

(٥) في حاشية «س»: التاركين نصب على الذّم.

(٦) البيت منسوب للفرزدق وينسب لغيره، وهو من البسيط، والشاعر يهجو فيه قوما بترك وطء نساءهم مع طهرهن وجماع البقر على جانبي دجلة بغداد. انظر: «البصائر والذخائر» (١٥٥/٦)، و«طلبة الطلبة» (ص: ٣٨).

(٧) قال ابن الجوزي في «العلل المتناهية» (١٠٤٦) ـ عن حديث أنس بن مالك قال: قال رسول الله ﷺ «سبعة لا ينظر الله إليهم يوم القيامة ولا يجمعهم مع العالمين يدخلهم النار أول الداخلين إلا أن يتوبوا إلا أن يتوبوا الناكح يده والفاعل والمفعول به ومدمن الخمر والضارب والديه حتى=

نكحتك فأنت طالق فوطئها حنث في يمينه، ويقال: نكح فلان فلانة أي تزوجها، وكُنّا في نكاح فلان، وهذا العقد ينعقد بقوله: أنكحت فلانة فلاناً، كما لو قال: زوجت.

وقال الله تعالىٰ: ﴿فَٱنكِحُوهُنَّ بِإِذۡنِ أَهۡلِهِنَّ﴾ [النساء: ٢٥].

فمنهم من قال: يحمل عليهما جميعا قولاً بالعموم، ولكن لا يجوز أن يحمل علىٰ العموم لأنّ تفسير الوطء بحكمه، ومعناه يفارق تفسير العقد بحكمه، ومعناه: وإذا اختلف المعنيان بطل العموم، فأمّا أن يقال: إنّه اسم مشترك يتناول هذا أو هذا كالقرء للحيض والطهر[١]، أو يقال: هو لأحدهما حقيقة، وللآخر مجازاً كالمسّ حقيقة للّمس باليد، ومجاز عن الجماع فنقول: إنّه للوطء حقيقة، وللعقد مجازاً بدلالة[٢] أنّ العرب استعملت هذا اللفظ في غير هذا[٣]. الموضع بمعنىٰ الجمع والضّم.

قال الشّاعر:

إنّ القبـــور تـــنكح الأيـــامىٰ ※ النّســـوة الأرامـــل اليتـــامىٰ(٤)

= يستغيثا والمؤذي جيرانه حتىٰ يلعنوه والناكح حليلة جاره» ـ: هذا حديث لا يصح عن رسول الله ﷺ ولا حسان يعرف ولا مسلمة. وانظر: «كشف الخفاء» (١/٤٤٨) (١٤٦٢)، «المصنوع في معرفة الحديث الموضوع» (٣٧٨).

[١] «ن»، «ص» وحاشية «أ» (والأطهار).

[٢] «ن» (بدليل).

[٣] في «أ» (في غيره في هذا).

(٤) البيت منسوب لامرأة من قريش، وهو من الرجز. انظر: «جمهرة اللغة» (١/٥٦٤)، و«بلاغات النساء» (ص: ١٠٥).

أي: تضمّهن.

وقال آخر(١):

أنكحتُ صُمَّ حصاها[٢] خفَّ يعملةٍ ❊ تغشمرت بي إليك السهل والجبلا(٣)

أي: جمعت بينهما.

وتقول في المثل: «انكح الصبر»، أي: التزمه.

فلما استعاروا بمعنى الضّم والالتزام لغيرهما علم أنّ الضّم معنى حقيقة هذا الاسم في المسمّى، كالخمر لما استعير اسمه لكل مسكر يخامر العقل علم أنّ المخامرة معنى حقيقة هذا الاسم في المسمّى، ولما استعير اسم الأسد للشجاع الكمي(٤) البطل علم أنّ الشجاعة معنى حقيقة اسم الأسد في ذلك المسمّى.

ثم معنى الضّم والالتزام بين الزوجين إنّما[٥] يوجد حقيقة في الوطء فإنّهما يصيران كشخص واحد حال ذلك العمل، فأمّا بالعقد فيثبت ازدواجٌ حكماً لا حقيقة، أو يكون سبباً لذلك الالتزام الحقيقي، فإنّ حلّه بالعقد في الأصل،

(١) البيت للمتنبي. انظر: «اللامع العزيزي شرح ديوان المتنبي» (ص: ١٠٦٢).

[٢] «ن»، «ص» (صفاها).

(٣) في حاشية «س» [(اليعملة): الناقة النجيبة المطبوعة على العمل، (والتغشمر): الأخذ قهرا، يعني وأخذت بي في طريق السهولة والحزونة، وأصم: صلب، فضممت]. انظر: «اللامع العزيزي شرح ديوان المتنبي» (ص: ١٠٦٢)، و«طلبة الطلبة» (ص: ٣٨). والمعنى ضممت بين صم الصفا وبين خف اليعملة. والصم: جمع أصم وهو الصخر الذي لا خرق فيه ولا صدع، والصفا الحجر الأملس، والصفوان كذلك، واليعملة: الناقة القوية على العمل، وتغشمرت: أي تعسفت.

(٤) الكَمِيُّ: الشجاع، سمي به، لأنه يَتَكَمَّى في السلاح، أي: يتغطى به. انظر: «العين» (٥/٤١٩).

[٥] «ن» (أن).

والعقد ما شرع إلا له.

ومثاله: الخمر، لما تبيّن أن معنى حقيقته المخامرة كان اسماً للنَّيء من ماء العنب إذا غلى واشتد حقيقة ومجازاً لغيره، لأنّ هذا المعنى فيه أحقّ وأشد.

ويدل عليه: ما ذكر عبد بن حميد في تفسيره(١)، أنّ العرب كان من حكمهم أنّ الرجل كان يخلف على امرأة أبيه إذا لم يكن منها، فحرم الله تعالى ذلك بهذه الآية، وإنما كان يخلفه بالوطء دون العقد.

ولأنه قال: ﴿إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ﴾ [النساء: ٢٣] والسالف كان وطئا لامرأة الأب بالإرث، والمستثنى بعض المستثنى منه فعلم بالاستثناء أن المستثنى منه[٢] الوطء، وقد دل عليه قوله: ﴿لَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَرِثُوا النِّسَاءَ كَرْهًا﴾ [النساء: ١٩].

❁ فإن قيل: فعلى هذا يكون تحريماً للإرث.

❁ قلنا: ﴿لَا تَنكِحُوا﴾ لا يصلح عبارة عن: لا ترثوا لغة، فلا يبقى إلا نهياً عن الوطء المعقول بسبب الإرث[٣]، ولأن: لا تنكحوا نهي عن فعل منّا[٤]، والإرث مما لا فعل لنا فيه فيصير الصرف إليه مجازاً، ولأنه قال: ﴿إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً﴾ [النساء: ٢٢] والإرث نفسه حكم لا يوصف بالفاحشة، وإنما يوصف به فعل حرام منّا بسببه، ولأن الفاحشة ذكرت في غير موضع من الكتاب وأريد بها الزنا، ولأن الله تعالى قال: ﴿إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ﴾ [النساء: ٢٢]، فلا يدخل تحت

(١) لم يطبع منه إلا جزء صغير. وانظر في هذا المعنى: «تفسير الطبري» (١٣٢/٨).

[٢] «ن» (المستثنى).

[٣] «ن»، وحاشية «أ» (الأرض).

[٤] «ن»، «ص»، وحاشية «أ» (منه).

الحرمة ما قد سلف.

فمتى حمل على العقد بقي ما سلف[١] قبل النهي غير محرم، وبالإجماع محرم، علم أن المراد به الوطء حتى يحرم بعد النهي كل وطء في موطوءة الأب إلا ما قد سلف من الوطئات فلا يدخل تحت الحرمة، ولأن تحريم ابتداء المعاقدة لا يوجب رفع العقد الموجود لا محالة[٢].

ألا ترى أنّ نكاح المعتدة عن الغير حرام والعدة عن الغير لا ترفعه، وكذلك إسلام المرأة يمنع نكاح الكافر ولا يرفعه. وبالإجماع حرم العقد ابتداء بهذه الآية، والبقاء علم أنّ المراد به تحريم الوطء أصلا، فإنَّ ملك النكاح مِلك حلّ الوطء وما قبله تبع له، فمتى حرم الوطء في نفسه لا بغيره دلّ على زوال الملك وعلى انقطاع العقد، فإنّه معتبر للملك لا لنفسه، والملك لحل الوطء لا أثر له في غير ذلك على ما تبيّن في موضعه.

❁ فإن قيل: إن سلمنا هذا فالنّكاح عبارة عن الوطء الحلال على مضاده[٣] السّفاح.

❁ قلنا: العرب أطلقت النّكاح في البهائم وحيث لا يوصف بحلّ.

ولأن قوله: ﴿وَلَا تَنكِحُواْ﴾ إذا حمل على الوطء لم يكن حمله على الوطء الحلال، فالمنهي عنه من الفعل يكون حراما، ولأنّا بيّنا أن الانضمام معنى حقيقة هذا الاسم، وأنّه لا يفرق بين الحلال والحرام، فثبت أنّ الفرق إن وجد فعلى

[١] «أ»، «ص» (ما قد سلف).

[٢] «ص» (إلا حاكم).

[٣] «أ»، «ن» (مضادة).

مجازه، فالعقد سمي بالنكاح مجازا فكذا الوطء عن العقد.

❁ فإن قيل: متى لم يحمل على الحلال يصير كأنّه قال: ولا تزنوا بمن زنى به آباؤكم، فيصير زنا الرجل بالمرأة حراما بسبب زنا أبيه بها، وإنّه مردود بالإجماع.

❁ قلنا: لا، بل يحمل على تحريم الوطء نفسه في موطوءة الأب حتى لا تحل بالعقد ولا بملك[١] اليمين، وحرمة الوطء بعد النكاح وملك اليمين ما تعلّقت[٢] إلا بوطء الأب حلالا أو حراما.

❁ فإن قيل: لا يستقيم هذا التأويل على أصلكم لأنّ الوطء لا يتصور إلا بعد مسٍّ عن شهوة، وعندكم الحرمة تثبت بالمسّ.

❁ قلنا: عند أبي حنيفة ومحمد ﵄ لا تثبت حرمة الوطء بالمسّ(٣)، فإن من مسّ امرأةً عن شهوة ثم تزوج بنتها ودخل بها لم يسقط إحصانه بوطء البنت[٤]، ولو كان دخل بالأم عن ملك يمين ثم تزوج ابنتها ودخل بها سقط إحصانه بوطء البنت[٤] فعلمت أنها غير الحرمة[٥] عن مسٍّ، على أن الحكم يجوز أن يثبت بعلل كثيرة، فسبق واحدة منها لا يدل على أنّ البواقي ليست بعلل.

❁ فإن قيل: متى حملت الآية على العقد دلّ على الحرمة بالوطء من طريق

---

[١] «ن» (وبملك).

[٢] «ن» (ما تعلق).

(٣) قال في «الأصل» (٢/٢٤٠): «لو مس شيئًا من هذه المواضع لشهوة حرمت عليه أمها وابنتها، وحرمت هي على أبيه وابنه».

[٤] «ن» (الابنة).

[٥] «أ» (محرمة).

الأولى لأنّه فوق العقد وكأُمّ المرأة، ومتى حملت الآية على الوطء لم يدلّ على ثبوت الحرمة بالعقد لأنّه دونه.

ألا ترى أنّ الربيبة حرمت بوطء الأمّ ولا تحرم بالعقد، وأجمعنا أنّ الحرمة ثابتة بالعقد، والحرمة ثابتة بهما جميعا، ولا يجوز اعتبار العموم فيه على ما مرّ، فلم يبق إلا الاستدلال بالأوْلى وذلك فيما قلناه.

۞ قلنا: لما كان[١] الصهر كالنّسب والعقد ملحق بالوطء في إثبات النسب كذلك يجب الصهر والربيبة كانت بخلاف القياس نصاً بأن لم تحرم بالعقد، فلا يجوز القياس عليها.

ودلّ عليه: أنّ حرمة الصهر بناء على النّسب والولاد، وأصل الولاد بالوطء والنّكاح ملحق به شرعاً، فكذلك الصّهر يكون أصله بالوطء والنّكاح ملحق به، ولن يكون كذلك إلا أن يحمل الآية[٢] على الوطء.

ولنا[٣]: إجماع الصّحابة أو ما يقرب منه:

عن عمران بن حصين رضي الله عنه أنه سئل عمن زنا بأمّ امرأته، فقال: «حرمت عليه امرأته»(٤)، وسئل أبيّ بن كعب رضي الله عنه عمّن فجر بأمّ امرأته فأجاب كذلك(٥)،

---

[١] «ن»، وحاشية «أ» (لو كان).

[٢] «ن» (إلا بحمل الآية).

[٣] «ن»، وحاشية «أ» (ويدل لنا).

(٤) رواه عبد الرزاق في «مصنفه» (١٢٧٧٦) بلفظ: «الذي يزني بأم امرأته، قد حرمتا عليه جميعا»، وقال الحافظ في الفتح (٩/١٥٦): «لا بأس بإسناده»، ورواه ابن أبي شيبة (١٦٢٣٢) بإسناد منقطع.

(٥) لم أقف عليه.

والفجور: اسم للزنا، وسئل ابن مسعود رضي الله عنه عمن أتى أمّ امرأته، فأجاب كذلك ولم يستفسر(١)، وسئل ابن عباس رضي الله عنهما عمن وطء أمّ امرأته، فأجاب كذلك ولم يستفسر(٢). ولأنّ الوطء مضافاً إلى أمّ المرأة حرام بظاهره.

وما روي بخلافه عن ابن عباس فوهم، فقد سئل عطاء تلميذه عن هذه المسألة فأفتى بالحرمة فقيل له: أين ذهب قول ابن عباس فقال: إنه سئل[٣] عمن غشي أخت امرأته فقيل له: أين ذهب قوله: «الحرام لا يحرّم الحلال»(٤)، فقال: إنما قاله رداً على عائشة في تحريم النّكاح بالزنا على الزانين.

والمعنى فيها[٥]: أنّ الزنا حرث للولد فيكون علّة لحرمة المصاهرة كالوطء الحلال وبنكاح فاسد ووطء أمة مشتركة.

وتفسير قولنا حرث، أن حرث الولد بالماء من الرجل والمرأة، ولا يختلف أمر التوالد[٦] بالحلّ والحرمة، وتأثير هذا الوصف ما ذكرنا في المسألة الأولى: أنّ أصل هذه الحرمة بالبعضية، ومعنى البعضية في باب المصاهرة بكون الوطء حرثاً للولد، لأنّ الماء متى حرث في معدنه لا بدّ أن يختلط بماء المرأة ويصيرا

---

(١) رواه عبد الرزاق (١٢٧٧٢). وهو ضعيف الإسناد. انظر: السنن الكبرى للبيهقي (١٣٩٦٩).

(٢) تقدم تخريجه.

[٣] في حاشية «أ» (إنه كان سئل).

(٤) رواه عبد الرزاق في «مصنفه» (١٢٧٦١) أخبرنا ابن جريج قال: سئل عطاء، عن رجل كان يصيب امرأة سفاحا أينكح ابنتها؟ قال: «لا، وقد اطلع على فرج أمها»، فقال إنسان: ألم يكن يقال: لا يحرّم حرام حلالا؟ قال: «ذلك في الأمة كان يبغي بها، ثم يبتاعها ـ أو يبغي بالحرّة ـ، ثم ينكحها فلا يحرم حينئذ ما كان صنع من ذلك».

[٥] «ص» (في المسألة).

[٦] «ص» (الولد).

شيئاً واحداً ويثبت له حكم الإنسان ويعتق ويوصىٰ له ويرث مالم يفسد، وبين الواطئ والماء بعضية، وكذلك بين الموطوءة وذلك الماء فيصير بعضها مختلطاً ببعضه. فثبت حكم البعضية التي بينها[١] وبين أمهاتها وبناتها والبعضية التي بين الواطئ وآبائه وأبنائه لذلك الماء الذي هو بعضها، وإذا ثبت للماء والماء بعضهما تعدّت البعضية إليهما اعتباراً، فعملت عمل الحقيقة في إيجاب الحرمة كاللبن يعمل عمل الماء في إيجاب الحرمة المتعلقة بالماء لما فيه من شبه البعضية بإنبات اللحم والعظم.

❖ **فإن قيل**: فعلىٰ هذا يجب أن تحرم الموطوءة لأن ماءه بعضه وقد صار بعضاً منها.

❖ **قلنا**: نعم، ولكن لو قيل به لما حلت امرأة، فلمعنىٰ الضرورة لم تعتبر كما حلت حواء لآدم وقد خلقت منه حقيقة وحرمت عليه بنتها، ثم هذه البعضية لا تختلف بالحل والحرمة، فلا يختلف حكم الحرمة، وإنما يختلف حكم هذه البعضية بالمحل، فإنّ إلقاء البذر إنما يكون حرثاً بالمحل الذي خلق منبتاً [له][٢] وذلك النّساء لا الرجال.

ألا ترىٰ أنّ إتيان دبر المرأة يوجب الحرمة عندنا(٣) لمعنىٰ المساس عن شهوة وأنّه سبب للوطء الذي هو حرث من النساء، ولا يتصور من الرجل سبباً لوطء هو حرث، والبعضية في الحرث فما لم تتصل به لا تكون علّة للحرمة، ولا يلزم وطء

---

[١] «س» (بعضها) والمثبت من «أ»، «ن»، «ص».

[٢] ما بين [ ] ليس في «س»، «ص»، والمثبت من «أ»، «ن».

(٣) الأصح عند الحنفية أن الوطء في الدبر لا يوجب الحرمة. انظر: «الهداية» (١/١٨٨)، «البحر الرائق» (٣/١٠٦).

صغيرة لا يجامع مثلها لأنّا عللنا لنجعل الحرام علّة محرمة كالحلال، وحلال وطئها لا يوجب الحرمة كحرامه لأنه لا يكون سبباً للحرث على ما نذكره بعد هذا.

ولا يلزم وطء صغيرة يجامع مثلها فإنّه محرم وليس بحرث لأنّه عدم العلة، ولأن بلوغها مبلغ أن تعلق أمر خفي يختلف فيه الناس فقدّر[١] بظاهر حال يوقف عليه وهو أن تصير بحيث[٢] يجامع مثلها كالماء لما خفي أمره أقيم الوطء مقامه، وكذلك المسّ عن شهوة يحرم[٣] لأنه سبب للحرث كالعقد محرم لأنه سبب للوطء فأقيم بالسببية مقام العلّة احتياطاً لأمر الحرمة، فصارت هذه المسألة بناء على الأولى، فإنّا نعتبره[٤] بحرمة الولاد[٥] حقيقة، ثم تعدّى إلى الأبوين من الولد نفسه.

دل عليه: أن عقد النّكاح موجب حرمة المصاهرة لأنه سبب الحرث والبعضية على ما بيّنا، فلأنْ يوجبها[٦] الزنا أولى لأنه حرث حقيقة.

فأمّا الجواب عن الأولى: أن في الآية تعليق حرمة الربيبة بالدخول بأمّها، والتعليق عندنا لا يقتضي نفياً عما قبله، ولا يمنع تعليقه بشرط آخر يوجد قبله أو بعده[٧]، كمن يقول لعبده: إذا جاء يوم الجمعة فأنت حرّ، ثم قال أيضاً: إذا جاء يوم الخميس فأنت حرّ، فإن العتق يتعلّق بكل واحد منهما ولا يرتفع عن الجمعة

[١] «ن»، وحاشية «أ» (فعلقت).

[٢] «ص» (بحال).

[٣] «ص» (محرم).

[٤] في «أ» (نعتبر).

[٥] «ن» (لحرمة الأولاد)، وفي «أ» (بحرمة الولادة).

[٦] «ص» (يوجبه)، وفي حاشية «أ» (يوجب).

[٧] «ص»، وحاشية «أ» (معه).

بالخميس، حتىٰ لو باعه فمضىٰ يوم الخميس ثم اشتراه ليلة الجمعة عتق بالجمعة، فكذلك تعليقنا حرمة الربيبة بوطء قبل العقد لا يرفع ما علقه الله بوطء بعده، حتىٰ إذا عدم الوطء قبل العقد بقي ملكه معلقاً بوطء بعده.

وبالإجماع إذا وطئها بملك اليمين حرمت الربيبة إذا تزوجها وقبل أن يتزوجها، ولم يوجد وطء بعد النّكاح فثبت أنّ التعلق[١] بشرط آخر أمر مسكوت عنه في الآية، فيجوز التعدّي إليه بالقياس.

وأمّا الجواب عن الخبر: أنّ الحرمة عندنا لا تثبت بابتغاء الفجور وطلبه، والكلام لحقيقته حتىٰ يقوم الدليل علىٰ مجازه.

وأمّا قوله: «**الحرام لا يحرّم الحلال**»(٢) فعلىٰ ما قاله رسول الله: وإنمّا حرم عندنا بالحرث، وأنه ليس بحرام علىٰ ما مرّ، أو نقول إنّ هذا الحديث مزيّف[٣]، لأنّ[٤] المسألة اشتهرت في الصحابة واشتهر الفتوىٰ بخلافه، ولم يحتجّ به أحد ولا رجع إليه أحد.

أو نجعل هذا الجواب مقصوراً علىٰ السؤال حتىٰ لا يجب الرد وكذلك تأويل حديث عائشة.

والجواب عن المعنىٰ الأول: أنا لم نثبت الحرمة بما هو حرام محض، بل بما ليس بحرام محض من كونه حرثاً للولد، وقد ثبت بالإجماع في جانب

---

[١] «أ»، «ص» (التعليق).

(٢) سبق تخريجه.

[٣] «ن»، وحاشية «أ» (زيف).

[٤] في حاشية «أ» زيادة (هذه).

المرأة الحدّ على اقتضاء الشهوة وحرمات الولد بكون السبب حرثاً، ولو حرم أصل الحرث بلا ملك لما ثبتت تلك الأحكام من جانب المرأة وكان هذا بمنزلة زراعة حنطة الغير.

والجواب عن الاعتبار بالعقد الفاسد: أنّ الحلال من العقد إنما أوجب الحرمة لأنه سبب الوطء بالملك الثابت به وقد عدم هذا المعنى في الحرام فلم يبق سببا[١] فلم يوجب الحرمة كاللّواطة من الوطء، فإن الحلال منه أوجب الحرمة، لأنّه سبب على حرث[٢] وقد عدم في اللّواطة، فأمّا الزّنا فلم يعدم منه هذا الوصف فبقي محرماً. ألا ترى أن النّكاح بغير شهود حرام، وكذلك الوطء بعده حرام، والحرمات تثبت بالوطء دون العقد.

والجواب عن الاعتبار بالعدّة: أنّ الاستدلال بحكم لحكم[٣] إنما يجوز إذا كانا من جنس واحد، ولا تجانس بين العدّة وحرمة النّكاح، لأنّ العدة تجب حقاً من حقوق النّكاح على ما بيّنا في مسائل العدة لا احتراماً[٤] للماء وصيانة، فإن ما يجب لصيانة الماء يجب عند سبب حل الوطء شرعاً، فإذا خيف الخلط والماء محترم صيّن لزاجر[٥] شرعي من الاستبراء، والعدة تجب عند سبب الحرمة وانسداد باب الخلط شرعاً فلا يحتاج إلى زاجر شرعي. فكان عدم العلّة[٦] دليلاً على انعدام النّكاح وشبه النّكاح لا على عدم حرمة الماء، فأمّا نفس[٧] الاستبراء

[١] «ص» (سبب).
[٢] «ن» (لأنه على حرث).
[٣] «ن»، وحاشية «أ» (على حكم).
[٤] «ص» (احتياطا).
[٥] «ن» (بزاجر).
[٦] «ن»، «ص»، وحاشية «أ» (العدة).
[٧] «ص» (تفسير).

فيجب صيانةً للماء.

ولكن الشرع أقام استحداث ملك الوطء بملك اليمين في إيجاب الاستبراء مقام الماء، وأسقط اعتبار الماء لأنه باطن، حتىٰ أن من تزوج أمة[١] لرجل يطؤها لا يستبرئها، والماء محترم لعدم ملك اليمين فكذلك فيما نحن فيه لم يجب لا لعدم حرمة الماء ولكن لانعدام استحداث ملك الوطء بملك اليمين، ولأنه ليس في ترك[٢] الاستبراء إفساد للماء الأول، بل إفساد للنسب لأنه سببه[٣]، ولا نسب لماء الزاني فلم يجب الاستبراء صيانة له، وقد ذكرنا أنّ هذه الحرمة تثبت من غير نسب وأن الحرث محترم في نفسه علىٰ ما مرّ في المسألة [الأولىٰ][٤]، فصارت هذه المسألة بناء علىٰ الأولىٰ لأن حقيقة البعضية بينه وبين ولده لا ولد امرأته من غيره، وإنما هذه بعضية بواسطة وبقرينة، وألحقت[٥] بها احتياطاً لباب الحرمة فيكون حكمها حكم الأصلية، والله أعلم.

[٦] وعلىٰ هذا يخرّج رضاع الصبي من المرأة الميتة فإنّه لا يحرِّم عند الشافعي(٧)، لأنّ اللبن محرم علىٰ أصله مثل حرمة الدم، فيصير شربه عدواناً محضاً[٨]، فلا يثبت به حرمة الرضاع[٩] كالزنا، إلا أن الصبي لا يأثم لأنه غير

---

[١] «ن» (زوّج أمّه).

[٢] «ص» (عدم).

[٣] «أ» (يشتبه).

[٤] ما بين [ ] ليس في «س» والمثبت من «ص».

[٥] «ن» (التحقت).

[٦] حاشية «أ»، «ص» (مسألة).

(٧) «الأم» (٥/٣٣)، و«الحاوي الكبير» (١١/٣٧٦)، و«البيان في مذهب الإمام الشافعي» (١١/١٥٥).

[٨] «أ»، «ص» (محضا شرعا).

[٩] «ن»، «ص»، وحاشية «أ» (المصاهرة).

مخاطب كما لو شرب الخمر، وعندنا يحرِّم لأنّ هذا اللبن يتغذىٰ به[١] كما في حال الحياة ولا عدوان من هذا الوجه والله أعلم.

|٥٣٧| مسألةٌ: وطء صغيرة لا يشتهي مثلها ولا تجامع لا يوجب الحرمة عند أبي حنيفة ومحمد ﷺ وإن كان عن ملك [يمين][٢] أو نكاح.

وقال أبو يوسف والشافعي(٣) ﷺ يوجبها لقوله تعالىٰ: ﴿وَرَبَٰٓئِبُكُمُ ٱلَّٰتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ ٱلَّٰتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ﴾ [النساء: ٢٣].

فإذا تزوج صغيرة ودخل بها ثم فارقها فجاءت بابنة من غيره لم تحل له الابنة بظاهر هذه الآية، ولأن وطء الصغيرة أقرب إلىٰ [وطء][٤] الكبيرة من العقد إلىٰ الوطء، ثم الحرمة تعدّت من الوطء إلىٰ العقد ومن الماء إلىٰ اللبن علىٰ ما مرّ.

وكذلك إلىٰ المس فهذا أولىٰ، ولأن أحكام الوطء كلها ثابتة [بوطء الصغيرة][٥] من وجوب العُقر[٦](٧) والاغتسال بنفس إيلاجه[٨] وتأكّد المهر، وإنما لا يحد في الحرام لشبهة النقصان، والحد يسقط بالشبهة، فأما الحرمة فممّا

---

[١] «أ» (لأنه يتغذي به).

[٢] ما بين [ ] ليس في «س»، والمثبت من «أ»، «ن».

(٣) انظر: «الحاوي الكبير» (٩/٢١٥)، و«بحر المذهب للروياني» (٩/٢١٢).

[٤] ما بين [ ] ليس في «س» و«ص» والمثبت من «أ»، «ن».

[٥] ما بين [ ] ليس في «ص».

[٦] «ص» (العقد).

(٧) العُقر: صداق المرأة إذا وطئت بشبهة. انظر: «أنيس الفقهاء» (ص: ٥٣).

[٨] «أ»، «ن»، «ص» (الإيلاجة).

لا يسقط بالشبهة، ولأنا ذكرنا أنّ الشرع أقام نفس الوطء مقام الماء.

والوطء: اسم لاستعمال آلة الرجل[١] في فرج المرأة، والشهوة حال باطنة[٢] فلا تعتبر كما لم يعتبر الماء، وقولكم: إنه لا يحل بحال ليس بدليل، فإن الحرمة لمكان أنه لا ينفصل عن جناية وظلم بها، لا لأنه ليس بوطء أو حرام في نفسه.

ولهما: ما ذكرنا أن الحرمة[٣] من الوطء متعلقة بوصف الحرث، والحرث بالبذر والمنبت وطريق وجود البذر من[٤] اللذين بهما ينبت [الولد][٥]، وطريق وجودهما اقتضاء الشهوة منهما، فما لم تكن المرأة مشتهاة وكذلك الآلة لا يكون الاستعمال حرثاً، كما إذا فعل في غير محله، لا يكون حرثاً لأنه لا حرث إلا بمنبت.

إلا أن أبا يوسف[٦] لم يعتبر هذا الوصف لأنه باطن وأنه صحيح، إلا إنَّا نقيم مقامه ما ظهر من الخلقة سبباً للاشتهاء[٧]، وهو بلوغ الغلام من حيث[٨] يجامع مثله، وبلوغ الجارية بحيث يوطأ مثلها في عادات النّاس، وأنّه أمر ظاهر يمكن الوقوف عليه.

---

[١] «ص» (لاستعمال الداخل).

[٢] «ن»، «ص» (باطن).

[٣] «ن»، وحاشية «أ» (هذه الحرمة).

[٤] «ن» و«ص»، وحاشية «أ» (البذرين).

[٥] ما بين [ ] ليس في «س» والمثبت من «أ»، «ن».

[٦] «ص» (ألا ترىٰ أن).

[٧] «ص» (للاشتباه).

[٨] في «ن» (بحيث).

وهذا كما قلنا: إنه لما تعذر اعتبار الماء لإثبات البعضية أقيم سبب الماء مقامه، وهو الوطء الظاهر، وقضاء الرجل شهوته منها لا يدل على بلوغها مبلغ الجماع والشهوة فإنها قد تقضى من الإلية والكف طبعاً ومما لم يخلق للجماع وما لا يقصد وطؤه طبعا، فإذا عرفت هذا خرجت الأجوبة عن حججهم، فإن الأحكام التي ذكرها أبو يوسف مما يتعلق بالوطء نفسه لا بمعنى الحرث منه، فالوطء بعينه قبض لما ملك بالعقد، فيتأكد به المهر ويجب به الغرم لأنه قبض إتلاف.

وأمّا الاغتسال فيجب باستطلاق[١] وكاء المني لا بالحرث حتى يجب بالاحتلام واللّواطة، ألا ترى أنّا سعينا لنجعل هذا الوطء في أنه ليس بحرث كاللواطة وبها يجب الاغتسال ولا تثبت[٢] الحرمة فكذا هذا.

وأما الآية فإنها ما تناولت موضع النزاع، فإنها نزلت في تحريم ربائبنا، وتفسيرها: بنات نساءنا، فلا تتناول إلا بنتاً لامرأةٍ مضافة إلى الرجل، وإنما يتصور هذا إذا كانت البنت موجودة قبل النّكاح فلا يدخل تحته الصغائر.

وأما قوله: هذا الوطء بوطء الكبيرة أشبه من العقد بالوطء، فإنه لا عبرة لشبه الصورة، والحكم ما تعلق إلا بمعنى منها.

ألا ترى أنّ اللواطة أشبه بوطء المرأة من العقد، وما تعلّق بها الحرمة لانعدام المعنى وهو معنى الحرث، فكذلك هذا، والعقد أشبه الوطء بمعنى الحرث لأنه سبب له، وكذلك النسب يثبت بنفس العقد لقيامه مقام الوطء من حيث

---

[١] «أ» (الاستطلاق).

[٢] «ن» (يجب).

أنه سبب للحرث ، فهذه المسائل خرجت على اعتبار صفة الحرث وجوداً وعدماً .

[١] ومنها المسّ عن شهوة يوجب حرمة المصاهرة. وهو المشهور من قول الشافعي رحمه الله إذا كان المس حلالاً(٢) ، والإتيان في دبر المرأة موجبٌ للحرمة بالإجماع.

أما الخصم: فلأنه أدار الأمر على النسب أو الوطء الحلال أو ما فيه تأويل الحلّ ، وقد عدم[٣] في المس ، ومذهبنا مذهب عبد الله بن مسعود ومسروق(٤).

ولأنّ مس المرأة عن شهوة سبب للوطء الذي هو حرث فيعمل عمل العلة قياساً على العقد بل أولى ، لأنه أدعى للوطء من العقد ، وإتيان المرأة في دبرها موجب للحرمة ، وأنه قد خلا عن صفة الحرث فلا يبقى إلا المساس عن شهوة ، وقد مرّ أن نفس اقتضاء الشهوة أو اسم الوطء لا معتبر[٥] به.

[٦] وأمّا النظر إلى فرج المرأة أي موضع الجماع أو نظر المرأة إلى ذكر[٧] الرجل بشهوة فيوجب الحرمة عندنا خلافاً له[٨] ، لأنه سبب للجماع غالباً ، وداع

---

[١] في حاشية «س» وحاشية «أ» (مسألة).

(٢) والأظهر عند الشافعية أن المباشرة بشهوة لا تثبت حرمة المصاهرة. انظر: «الحاوي الكبير» (٩/٢٠٨) ، و«روضة الطالبين» (٧/١١٣) ، و«النجم الوهاج في شرح المنهاج» (٧/١٦٢).

[٣] في حاشية «أ» زيادة (ما).

(٤) انظر: «الاستذكار» (٥/٤٩١) ، «المحلى بالآثار» (٩/١٣٨).

[٥] في «ن» (لا يعتد).

[٦] في حاشية «س» وحاشية «أ» (مسألة).

[٧] «ص» (آلة).

[٨] «ص» (للإمام الشافعي).

إليه مثل المسّ عن شهوة وهو مذهب عمر[١] وابن عمر ومسروق[٢].

وعن النبي ﷺ: «ملعون من نظر إلى فرج امرأة وابنتها»[٣]، وفي رواية: «لا ينظر الله إلى رجل نظر إلى فرج امرأة وابنتها»[٤]، لكنّه غريب.

[٥] ونظير النسب والصهر الرضاع في إيجاب الحرمة لمعنى البعضية[٦] أيضا، فأصل البعضية بالماء ثم ألحق به السبب المؤدي إليه من نكاح أو وطء في حقّ الحرمة احتياطاً، ثم ألحق به الرضاع فقال ﷺ: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب»[٧]، لأنه سبب النشوء، فيصير اللبن بعضاً منه وصفاً فأشبه البعض أصلاً.

|٥٣٨| **مسألةٌ**: قال علماؤنا رحمهم الله: عدد الرضعات ليس بشرط لإيجاب الحرمة.

وقال الشافعي رحمه الله[٨]: العدد خمساً شرط، وهي خمس رضعات على ما يكتفي بها الصبي لا خمس مصات، لما روى عن عبد الله بن الزبير عن النبي ﷺ

(١) رواه عبد الرزاق الصنعاني (١٠٨٤٠).

(٢) انظر: «الاستذكار» (٥/٤٩١).

(٣) لم أقف على من ذكره بهذا اللفظ وروى عبد الرزاق الصنعاني (١٢٧٤٤) عن عمرو بن دينار قال: سمعت وهب بن منبه، يقول في التوراة: «ملعون من نظر إلى فرج امرأة وابنتها». وانظر: معرفة السنن والآثار (١٠/١١٦).

(٤) رواه ابن أبي شيبة في «مصنفه» (١٦٢٣٤)، والدراقطني في «سننه» (٣٦٨٢)، موقوفا عن ابن مسعود رضي الله عنه، قال الدارقطني: «موقوف، ليث وحماد ضعيفان».

[٥] في «ن» (مسألة).

[٦] «ص» (بمعنى الرخصة).

(٧) رواه البخاري (٢٦٤٥)، ومسلم (١٤٤٧)، عن ابن عباس رضي الله عنهما.

(٨) «الأم» (٥/٢٩)، و«مختصر المزني» (ص ٣٣٢)، و«الحاوي الكبير» (١١/٣٦٠).

أنّه قال: «**لا تحرم المصة ولا المصتان، ولا الإملاجة**(١) **ولا الإملاجتان**»(٢).

وعن عائشة رضي الله عنها، أنها قالت: «وإن مما أنزل في القرآن عشر رضعات معلومات يحرمن، فنسخن بخمس رضعات معلومات يحرمن»(٣).

وأما المعنى فهو أنّ الرضاع إنما كان سبب الحرمة لأنّه سبب النشوء، فإن الوليد[٤] لا يكاد ينشأ بغيره، فيصير بمعنى بعضها صفة لحماً وزيادة، فأشبه الماء الذي خلق منه أصله وصار بعضاً منه أصلاً وإليه أشار النبي ﷺ فقال: «**الرضاع ما أنبت اللحم وأنشز العظم، والرضاع ما فتق الأمعاء**»(٥).

ولهذا نسخ رضاع الكبير لأن تربيته لا تقوم بالرضاع عادة، ولا يكتفي به، كما لا يكتفي الصغير بما دون اللبن فلا يثبت حكم الحرمة برضاع الكبير، وتبين به أنّ الحكم غير متعلّق بنفس اللبن، ولكن بما يقع به النشوء، ثم نفس اللبن لا يتعلق به النشوء إلا بمقدار، وعادة[٦] الصبيان في الرضاع بالمصة، واللبن نفسه في المصات مختفٍ، فلا يمكن التقدير به، فقدرنا السبب الظاهر وهو الرضعات، كما أقيم الوطء مقام الماء في إثبات الحرمة، لأن الماء أمر خفي فأقيم سببه مقامه.

ولما قام الارتضاع الذي هو سبب ظاهر مقام اللبن، قيل: إذا كثر فعل الصبي ارتضاعاً تعلّقت به الحرمة قل اللبن أو كثر، وإذا قلّ الفعل لم تتعلق به

---

(١) المَلْجُ: تناول الثدي بأدنى الفم، يقال: مَلَجَ الصبي أمه، أي رضعها. انظر: «الصحاح» (٣٤٢/١).

(٢) رواه مسلم (١٤٥٠) عن عائشة رضي الله عنها.

(٣) رواه مسلم (١٤٥٢) عن عائشة رضي الله عنها.

[٤] في حاشية «أ» (التوليد).

(٥) رواه أبوداود (٢٠٥٩)، وأحمد في «مسنده» (٤١١٤) عن ابن مسعود رضي الله عنه دون قوله: «والرضاع ما فتق الأمعاء»، وهذه الزيادة عند الترمذي (١١٥٢)، وقال: «هذا حديث حسن صحيح»، والنسائي في «الكبرى» (٥٤٤١) عن أم سلمة رضي الله عنها.

[٦] «أ» (وعادات).

الحرمة وإن كثر اللبن، كما قيل في باب الرخص المتعلّقة بالمشقّات أن السفر في[1] مشقة الحركة لما أقيم لكونه سبباً لها مقام المشقة تعلّقت به الرخصة، لحقته المشقة أم لا، وقد ذكرنا أمثلته في غير موضع.

فأمّا اللّبن إذا اختلط بالماء والماء غالب[2] فإن الحرمة لا تثبت عندي إلا بشرب الصبي من اللبن مع الماء قدر ما يشرب وحده تثبت الحرمة إنما أقول لا يسقط حكمه بغلبة الماء عليه وإن تغير جنسه، لأن ذاته لا تتبدل، ولكن يختفي بغلبة غيره عليه، فهو كما لو شرب اللبن ثم شرب ماء كثيراً بعده، وكذلك الحرمة تثبت وإن جعل اللبن أقطاً(٣) أو جبنا مثلاً، لأن ذلك ليس إلا تغير جنس، وحكم العين الأولىٰ[4] عندي لا يسقط به، حتىٰ لو كان غصباً لم ينقطع حق المغصوب منه به.

وأما علماؤنا: فإنّهم احتجوا بقول الله تعالىٰ: ﴿وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِىٓ أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَٰتُكُم مِّنَ ٱلرَّضَٰعَةِ﴾ [النساء: ٢٣]، وتأويلها: وأمهاتكم بسبب الإرضاع كما قال في الأخوات، وكما يقال أستاذك الذي علّمك يعني بسبب التعليم كان أستاذا، ولا خلاف في تأويل الآية أن المراد بها الأمهات بالرضاعة: كالأخوات، وهذا الوصف يثبت بنفس الفعل دون التكثير منه[5]، فإن الإرضاع فعل كالضرب والإعطاء فيتصف الفاعل به وإن قلّ الفعل.

❁ فإن قيل: هذا هكذا لغة، ولكنه بالشرع اسم لفعل مقدر، كالسفر قدّر

---

[1] «ص» (فيه).

[2] «ص» (إذا خلط بالماء ولا غالب).

(٣) الأقط من اللبن مخيض يطبخ ثم يترك حتىٰ يمصل. انظر: «مقاييس اللغة» (١٢١/١).

[4] «ص» (الأول).

[5] «ن» (الكثير منه).

بثلاثة أيام شرعاً، وما كان يتعارف لغة، والحيض يقدر بعشرة أيام عندك وما كان يتعارف لغة.

۞ قلنا: نعم هذا جائز بدليله، ويكون زيادة على النص لأنّ الوصف بفعل لا يقتضي تكرارا ليثبت الوصف لغة، كالقائم يسمى به بقومة واحدة لا بقومات، والضارب ونحوه. والزيادة تجري مجرى النسخ فلا يجوز إثباتها بخبر الواحد ولا بالقياس، وعن النبي ﷺ: «**يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب**»(١)، والحرمة من جهة النسب لا تتعلق بتكرار سببه وهو الوطء، بل تثبت بنفس الوطء وبالنّكاح الذي يعقد للوطء عند الإمكان بلا خلاف، وإن عُدم فيدلّ التشبيه به على أنّه لا عبرة لتكرار المصّات في الباب وعلى أنّ نفس الرضاع لا يقتضي عددا والعدد زيادة عليه.

وأما حديث عبد الله بن الزبير فقد ردّه عبد الله بن عمر فقال لما بلغه: «قضاء الله أولى من قضاء ابن الزبير»(٢)، يعني ليس في الآية ذكر العدد، وشرط العدد يجري مجرى النسخ، فلا يجوز بخبر الواحد، ولأن[٣] العدد ثبت شرطاً ابتداء ثم نسخ بالآية، على ما روي عن عبد الله بن مسعود: «آل أمر الرضاع إلى أن قليله وكثيره يحرم»(٤)، والرضاع اسم للفعل، وعن علي رضي الله عنه: «قليل الرضاع

(١) سبق تخريجه.

(٢) رواه عبد الرزاق في «مصنفه» (١٣٩١٩)، وسعيد بن منصور في «سننه» (٩٨٤)، والدارقطني في «سننه» (٤٣٧٧)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (١٥٦٤٢)، والطبراني في «المعجم الكبير» (١٣/٣٨ برقم: ١٣٦٥٧) وفيه إبراهيم بن يزيد الخوزي؛ وهو متروك.

[٣] «س» (ولا) والمثبت من «أ»، «ن»، «ص».

(٤) لم أقف عليه بهذا اللفظ، وروى النسائي في «سننه» (٣٣١١)، والطحاوي في «شرح مشكل الآثار» (١١/٤٩٢)، والطبراني في «المعجم الكبير» (٩/٣٩٩ برقم: ٩٦٩٩)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (١٥٧٣٧) أن شريحا حدث، أن عليا، وابن مسعود رضي الله عنهما قالا: «يحرم من الرضاع قليله وكثيره».

وكثيره سواء في إيجاب[١] الحرمة»(٢).

وقيل لابن عباس إنّ النّاس يقولون إن الرضعة لا تحرم، فقال: «كان ذلك ثم نسخ»(٣)، وعن طاووس: «اشترطت عشر رضعات من قبل ثم قيل: إن الرضعة تحرم»(٤).

وكان ظاهراً شرط العدد[٥] حين[٦] كان رضاع الكبير ثابتاً، وكان ذلك في الابتداء، ثم نسخ رضاع الكبير بقوله ﷺ: «**الرّضاع ما أنبت اللّحم وأنشز العظم**»(٧).

وأما حديث عائشة فمداره على عبد الله بن أبي بكر، وعن سفيان بن عينية أنّه قال: «كنّا نسخر ممن يكتب عن عبد الله بن أبي بكر»(٨).

ولأن من مذهب عائشة أنها كانت تشترط عشراً، فقد روي أن أمّ كلثوم أخت عائشة ﵄ أرضعت رجلاً رضعات فلم تبلغ عشراً فكان لا يدخل على عائشة لأنها تشترط العشر لإثبات الحرمة(٩).

---

[١] «أ» (إثبات).

(٢) تقدم قريبا.

(٣) لم أقف عليه بهذا اللفظ، وقد روى البيهقي في سننه الكبير (١٥٦٤٥) عن ابن عباس: «قليل الرضاع وكثيره يحرم في المهد».

(٤) رواه عبد الرزاق في مصنفه (١٣٩١٤) بلفظ: «كان لأزواج النبي ﷺ رضعات معلومات» قال: «ثم ترك ذلك بعد فكان قليله، وكثيره يحرم».

[٥] «أ» (الرضاع).

[٦] «ن»، حاشية «أ» (حتى).

(٧) تقدّم قريبا.

(٨) لم أقف عليه.

(٩) رواه مالك في الموطأ (٢٢٣٩)، والبيهقي في سننه الكبير (١٥٧٣٩)، وعبد الرزاق (١٣٩٢٧)؛=

ولو كانت الرواية ثابتة لكانت لا تعمل بالمنسوخ، وتبيّن بهذا أنّ العدد كان شرطاً في رضاع الكبير، وذلك لا يوجب[١] في رضاع الصغير، لأنّ الصغير محلّ التربي بالرّضاع دون الكبير، والعلة أعمل في محلها منها في غير محلها[٢]. فزيادة شرط للعمل في غير المحل ليلتحق بالمحلّ لا يدلّ[٣] علىٰ ثبوته شرطاً في المحلّ، ولأنّ أكثر ما في الباب أنّ يكون في القرآن خمس رضعات يحرمن، وفيه أن الرضاع نفسه يحرم، فلا يحمل المطلق علىٰ المقيد، بل إذا تمت الخمس حرمت بالآيتين، ويحرم بنفس الرضاع بالآية المطلقة علىٰ ما عليه مذهبنا في الأصول، وجواب آخر ما ذكرناه عن[٤] حديث ابن الزبير.

أمّا المعنىٰ فيه: فما ذكرنا أنّ اللبن في حقّ الصغار الذين تربيتهم به جعل بمنزلة الماء في إثبات الحرمة بسبب البعضية، ثم الحرمة لم تتعلق[٥] بالرضاع في جميع المدة، ولا بما يروىٰ الصبي به ويردّ به جوعه كله، فثبت أنه متعلق بأدنىٰ ما ينطلق عليه الاسم كسائر الأحكام المتعلقة باسم شيء، فإنه إما أن يتعلق بالكل أو بأدنىٰ ما ينطلق عليه الاسم دون عدد معين منه، لأنّ الاسم لا يحتمل العدد علىٰ ما قلنا في الأصول، وفي الطلاق إذا نوىٰ عدداً فيه لم يصح، ولأن سببه الماء والحكم فيه متعلق بعينه وبسببه وهو الوطء، وبسبب الوطء وهو النكاح احتياطاً لأمر الحرمة، فلأن لا تتعلق الحرمة فيما نحن فيه بمقدار بعد وجود

= وابن أبي شيبة (١٧٣١٠)

[١] «س» (يوجد)، والمثبت من «أ»، «ن»، «ص».

[٢] «ن» (حين).

[٣] «أ» (لابد له).

[٤] «ص» (في الجواب عن).

[٥] «س» (تعلقت)، والمثبت من «أ»، «ن»، «ص».

الأصل لأن القليل رضاع وينشئ بقدره أولىٰ وأحرىٰ ، ولهذا قلنا جميعاً إنّ الحرمة تثبت من الرجل لأنّ سبب اللبن الولاد وكان بالماءين جميعا ، فتعدّت الحرمة إلىٰ من هو سبب للّبن وإن لم يوجد منه اللّبن ، فثبت أنّ العبرة لنفس اللبن وسببه الرضاع ، فيتعلق بنفس الرضاع .

❁ فإن قيل: إن الرضاع أمر مندوب إليه للصّبيان وهو باب من الحسبة ، وهو متعارف عادة أيضاً ، فلو قيل إن نفسه يحرم لضاق الاحتراز عنه ، فقدر بعدد[١] صيانةً لأمر النّكاح [المحترم][٢] ، فالإنسان قد يذهب عليه ابتداؤه ثم يتذكر أنه محرم فينزجر ، ولا كذلك الحرمة بسبب الماء فإنه مما لا يقع فيه غفلة في العادات ، فاحتيط في باب الماء لإيجاب الحرمة وههنا لإبقاء الحلّ ، وهذا كما جعل الطلاق عدداً فإن الزوج يطلقها عادة غضباً ثم يندم ، فجعل عدداً احتياطاً لإبقاء الحل فلم يحرّم حتىٰ يكون ثلاثاً .

❁ قلنا: حرمة الرضاع ليست بنظير حرمة الطلاق ، فإن هذه[٣] تنتهي بزوجٍ[٤] آخر ، وهذه لا لأن هذه الحرمة[٥] ثبتت[٦] عقوبة زجراً للزوج عن التعدّي عن الواحد الذي يقطع الملك لأنه مما يبغضه الله تعالىٰ ، إلا أن أصله أبيح له للخلاص عن النّكاح إذا خاف التعدي عن حدود الله فيه أو حل به عذر فلم يقرن

---

[١] في حاشية «أ» (بفعل).

[٢] ما بين [ ] ليس في «س» والمثبت من «أ» و«ن» و«ص».

[٣] في «ص» (فإن حرمة الطلاق).

[٤] في «ن»، وحاشية «أ» (بدخول).

[٥] في «ص» (وحرمة الرضاع لا فهذا لأن حرمة الطلاق لثلاث).

[٦] في «ن»، وحاشية «أ» (وهذا لأن هذه الحرمة شرعت).

الإباحةَ بزاجر، وأما استيفاء كلِّه بلا حاجة إليه[١] فلم يجعل الانزجار تقليلاً[٢] لما يبغضه الله وإن أبيح له بحق ملكه، فأمّا حرمة النسب والرضاع فإنّما ثبتت بحكم البعضية، وقد بنيت على الاحتياط لإيجابها احترازا عن التمتع بجزء من نفسه كرامة له، فكان المرور على هذا الاحتياط أولى من إثبات التقدير[٣] للرضعات لمكان أنها معتادة دفعاً للحرج، لأنه لا حرج فيما يثبت كرامة، إنما هو فيما يثبت عقوبة وزجراً، والله أعلم.

|٥٣٩| مسألةٌ: لا رضاع للكبير(٤).

وقال بعض الناس: الكبير والصغير سواء(٥).

واحتجوا بظاهر النصوص وبحديث سالم بن عبد الله(٦) وهو قول عائشة رضي الله عنها: ولنا أنّ الرضيع في اللغة اسم للصغير دون الكبير، لأنه سمّي به لتربيته[٧] باللبن لا لوجود الفعل. ألا ترى أنّ الكبير لا يسمى رضيعاً، وأنه كاسم الصبي

[١] في حاشية «أ» (الاستيفاء كله فلا حاجة إليه).

[٢] في «ن» (تعليلا).

[٣] في «ن»، وحاشية «أ» (التعدي).

(٤) وهذا مذهب عامة الفقهاء وحكي الإجماع عليه. انظر: «المبسوط» (١٢١/٥)، و«الشرح الكبير» (٥٠٣/٢)، و«مغني المحتاج» (٤١٦/٣)، و«المغني» (١٧٧/٨)، و«عارضة الأحوذي» (٧٨/٥).

(٥) يروى عن علي وعروة بن الزبير رضي الله عنهما وعطاء ابن أبي رباح، والليث بن سعد وبه قال ابن حزم. انظر: «بدائع الصنائع» (٤/ ٥)، و«المغني» (٨/ ١٧٧)، و«المحلى» (١٠/ ٢٠٢).

(٦) رواه مسلم (١٤٥٣)، عن عائشة رضي الله عنها.

[٧] «أ» و«ن» (لتربيه).

يزول بالكبر وإن كان الكبير قد يتصابىٰ.

وروي أن أبا موسىٰ الأشعري سئل عن رضاع الكبير فأوجب الحرمة، ثم أتوا عبد الله ابن مسعود فسألوه عن ذلك فقال: أترون هذا الأشمط[(١)] رضيعاً فيكم، فلما بلغ أبا موسىٰ حلف ألا يفتىٰ ما دام عبد الله فيهم[(٢)]. فعبد الله علّمهم وجه الفتوىٰ بفوات الوصف الذي تتعلق الحرمة به، وهذا كاسم المأكول لا ينطلق علىٰ ما لا يتغذىٰ به وإن أكل، بل قيل: فلان أكل غير مأكول، وينطلق علىٰ المأكول وإن لم يؤكل لأنه صالح للتغذي[٣]، الذي بسببه كان فعل الأكل حكمة، فكذلك الرضيع اسم للصّغير الذي تربيه باللّبن لضعفه، وإن رُبّي بشيء آخر، وإذا لم يصر الكبير يشرب اللبن رضيعاً لا تصير المرأة مرضعة، وهو مذهب عمر وابن عمر وابن عباس وأزواج النبي غير عائشة ﵅ وكن يقلن: ما نرىٰ رضاع الكبير إلا رخصة لسالم[(٤)].

وقال ﷺ: «الرّضاع ما أنشز العظم وأنبت اللحم وفتق الأمعاء»[(٥)]. وهذا لا يكون إلا في الصغير الذي متبوع طعامه اللبن، وسائر الأخبار التي ذكرناها في

---

(١) الشَمَطُ: بياضُ شَعَر الرأسِ يخالط سوادَه. انظر: الصحاح (١١٣٨/٣).

(٢) رواه أبو داود (٢٠٥٩)، والبيهقي (١٥٦٦٤) من طريق أبي موسىٰ عن أبيه عن ابن لعبد الله بن مسعود، وأبو موسىٰ الهلالي وأبوه مجهولان كما ذكره أبو حاتم في الجرح والتعديل (٤٣٨/٢/٤)، ورواه عبد الرزاق في مصنفه (١٣٨٩٥) عن الثوري عن أبي حصين عن أبي عطية الوادعي قال: جاء رجل إلىٰ ابن مسعود، فقال: إنها كانت معي امرأتي، فحصر لبنها في ثديها، فجعلت أمصه، ثم أمجه، فأتيت أبا موسىٰ فسألته؟ فقال: حرمت عليك؟ قال: فقام وقمنا معه، حتىٰ انتهىٰ إلىٰ أبي موسىٰ، فقال: ما أفتيت هذا؟ فأخبره بالذي أفتاه. فقال ابن مسعود ـ وأخذ بيد الرجل ـ: أرضيعا ترىٰ هذا؟ إنما الرضاع ما أنبت اللحم والدم.

[٣] في «ن» (للتغذي به).

(٤) انظر: مختصر اختلاف العلماء للطحاوي (٣١٥/٢)، الحاوي الكبير (٣٦٧/١١).

(٥) تقدّم قريبا.

بيان مدّة الرضاع، والله أعلم.

|٥٤٠| مسألةٌ: ويثبت الرضاع[١] بالسّعوط، وقال بعض الناس: لا يثبت.

لأن اكتفاء الصبي لا يقع بمثله، ولا يسمىٰ هذا ارتضاعاً، إلا أنّا نقول: إن جوف الرأس محل الغذاء بمنزلة جوف البطن، ألا ترىٰ أن المغذي إذا وصل إلىٰ جوف الرأس أفطر الصائم، كما إذا وصل إلىٰ جوف البطن.

والسّعوط باللبن متعارف في النساء، وكذلك في الطب، وإنما يطلب به صلاح البدن، وما يصلح البدن كان بمنزلة الغذاء.

فإن الفطر متىٰ كان بالدواء وجبت الكفارة كما بالغذاء، لأنهما يصلحان البدن، وإذا كان جوف الرأس بمنزلة جوف البطن[٢] في باب الإصلاح بوصول الواصل إليه تعلقت الحرمة بالوصول إليه كما تتعلق بجوف البطن، لأن الحرمة متعلقة بنفس اللبن المغذي حال الصغر، لا بقدر ما يقع به الاكتفاء.

❁ فإن قيل: إن كفارة الفطر لا تجب بالسعوط.

❁ قلنا: كما لا تجب بما إذا أوجر في فيه أو احتقن لأنها تجب إذا كملت الجناية بالاسم والمعنىٰ جميعاً، واسم الأكل والكمال يفوت بالسعوط، وكذلك كمال اقتضاء الشهوة بالفم دون الأنف، فلم تجب للنقصان، فإنّها مما يدرأ بالشبهات، ولا كذلك الحرمة فإنها يحتاط لإيجابها.

---

[١] «أ»، «ص» (والحرمة تثبت).

[٢] في «ص» (البدن).

|٥٤١| **مسألةٌ**: ولهذا قلنا: إذا اتخذ من اللّبن جبن فأكله الصبي لم تثبت به الحرمة لأنه صار شيئاً آخر، وتغير طبعه وصار من جنس ما لا يتغذىٰ به الصبيان، وهذا كما لا تثبت حرمة المصاهرة بجماع الميتة، لأنها لا تشتهي بعد ذلك، ولا تكون حرثا فتصير في حق محل الوطء شيئاً آخر.

[١] ولهذا قلنا الماء إذا غلب علىٰ اللبن لم يثبت به الحرمة، لأنّ الطبع يصير للماء، ويخرج من جنسه إلىٰ جنس الماء فيصير شيئاً آخر فلا يقع به حينئذ غذاء اللبن، والله أعلم.

|٥٤٢| **مسألةٌ**: إذا صنع لبن المرأة في طعام فتناوله الصبي واللبن قائم بعينه لم تثبت الحرمة عند أبي حنيفة ﵀، وعندهما تبثت لأنه شرب اللبن وشيئاً آخر معه، فالزيادة لا تمنع ثبوت الحرمة باللبن.

إلا أنّه يقول[٢]: إذا ثرد الطعام فيه فاللبن يصير تبعاً للطعام، ويصير التغذي بالمتبوع، فيصير بمنزلة الجبن المتخذ من اللبن والمستهلك بالماء. ألا ترىٰ أنه قبل الثريد يجري مجرىٰ الشراب، والآن يجري مجرىٰ الطعام.

وما قالاه أحوط[٣] وأوثق، والله أعلم.

|٥٤٣| **مسألةٌ**: مدّة الرضاع المحرّم عند أبي حنيفة ﵀ حولان ونصف.

وقال زفر ﵀: ثلاثة.

---

[١] في حاشية «س» (مسألة).

[٢] «ن» (أنا نقول).

[٣] «أ» (أحفظ).

وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله: حولان[1]، لقول الله تعالىٰ: ﴿وَفِصَٰلُهُۥ فِي عَامَيۡنِ﴾ [لقمان: ١٤]. وقال عليه السلام: «لا رضاع بعد الفصال»[2]، وقال: «لا رضاع بعد الحولين»[3]. وعن ابن عباس وابن مسعود مثله[4].

والمعنىٰ فيه: أن الرضاع جعل محرماً لأنه بمنزلة الماء في الإنشاء علىٰ ما مر، وذلك يكون حال الصغر الذي يضعف الصبي فيها عن أكل سائر الأغذية دون حال القدرة علىٰ أكلها وذلك مما يختلف فيه الصّبيان بقواهم فقدر الشرع بالحولين بناء علىٰ الأغلب فصار الرضاع فيها محرّما، وإن قدر الصبي علىٰ أكل سائر الأغذية واكتفىٰ بها، ولم يحرم بعدها، وإن لم يستغن الصبي عن اللبن لضعفه ولعادته وهذا كما قدر الشرع كمال العقل الكاف للخطاب بالبلوغ بناء علىٰ الأغلب، ثم سقط عنه الخطاب وإن عقل فوق عقل البالغ وتوجه الخطاب، بعد البلوغ وإن كان عقله أنقص من عقول صبيان لم يبلغوا، والأمثلة لهذا كثيرة من إقامة سبب العلة مقام العلة ثم إدارة الحكم مع السبب، وإذا كان كذلك وجب

---

(١) «الأم» (٦/٨٣)، و«مختصر المزني» (ص٣٠٠)، و«الحاوي الكبير» (١١/٣٦٦).

(٢) رواه عبد الرزاق في مصنفه (١١٤٥٠، ١١٤٥١) عن معمر عن جويبر عن الضحاك بن مزاحم عن النزال بن سبرة عن علي عن النبي ﷺ قال لا رضاع بعد الفصال، ثم رواه عن الثوري عن جويبر به موقوفا قال العقيلي وهو الصواب، نصب الراية لأحاديث الهداية: (٣/٢١٩) ورواه ابن أبي شيبة في مصنفه (١٧٠٥٤).

(٣) رواه الدارقطني في سننه (٤٣٦٤) عن الهيثم بن جميل عن ابن عيينة عن عمرو بن دينار عن ابن عباس، قال: قال رسول الله ﷺ: «لا رضاع إلا ما كان في الحولين». وقال: لم يسنده عن ابن عيينة غير الهيثم بن جميل، وهو ثقة حافظ، ورواه عبد الرزاق (١٣٩٠٣) عن ابن عيينة به بنحوه موقوفًا، وكذلك البيهقي في السنن الكبرىٰ (١٦٠٨٣) وقال: "هذا هو الصحيح، موقوف".

(٤) رواه عبد الرزاق في «مصنفه» (١٣٩٠٠)، والبيهقي في «السنن الكبرىٰ» (١٥٦٦٨) وقال: «هذا هو الصحيح موقوف».

بناء هذا الحكم على المدة المستحقّة للرضاع وإزالته بزوال تلك المدة.

إلا أنا نقول: إن المدّة مستحقة حولين فيكون عادة الصبيّ في التربي باللبن، والعادة لا تتبدل بساعة ولا بيوم، فيبقى عليها[١] بعد الحولين فيكون رضاعه محرماً لقيام العلّة، ثم العادة تتبدل إذا طالت المدة، فقدر أبو حنيفة بستة أشهر لأن الله تعالى نقلنا عن عادة الحرّ إلى البرد بستة أشهر، وكذلك الجنين عادته تتبدل من النشوء بالاتصال بالأم والتغذي بغذائها إلى حال الانفصال والتغذي بغذاء نفسه بالولاد، وأقل مدة الحمل ستة أشهر، وما قاله أبو يوسف ومحمد رحمهما الله قياس إلا أن أبا حنيفة احتاط فأثبت الحرمة وإن تقرر سبب عدم الرضاع لقيام[٢] العلة، وهذا الباب يحتاط في إيجابه عن التعدية عن العلة إلى الأسباب على ما بيّنا[٣] فلا يسقط حكمه مع قيام العلة بتقرر سببٍ على خلاف ما قبله.

وأما الحديث فليس فيه بيان الحكم، وعينه غير مراد، لأن الرضاع عينه بعد الحولين مما يوجد، فلئن جاز لهما الحمل على حكم الحرمة جاز لنا أن نحمل على حكم الوجوب.

وزفر: زاد في الاحتياط فقدره بسنة[٤] استدلالا بفصل العنّة، لأنّ الطباع أربعة فلا تتبدل العادة بالفصال إلا بسنة، والله أعلم.

|٥٤٤| **مسألةٌ:** إذا حلب لبن ميتة فشربه صبي أو ارتضع كذلك تثبت الحرمة عندنا.

---

[١] في «ص» (علة).

[٢] «أ» (بقيام).

[٣] «ن» (ما مر).

[٤] «ص» (وقدره بستة أشهر).

وقال الشافعي رحمه الله(١): لا تثبت، وهذه المسألة تبتنى على أصل قد مّر في الزنا، أنه يوجب حرمة المصاهرة أم لا؟

وقد نتكلم فيها ابتداء: فإنها بالموت لا تتصف بالحلّ والحرمة فكذلك اللّبن المتولد منها، وصار لبنها بمنزلة لبن البهيمة، ألا ترى أنّها لو وطئت لا يثبت به الحرمة كوطء البهيمة فكذلك إرضاعها.

إلا أنا نقول: إنّ اللبن باق كما كان قبل الموت صورة ومعنى، ثم الحرمة كانت تتعلق به قبل الموت فكذلك بعده لعدم التغير بالموت في حقه أمّا قائمٌ[٢] صورةً فذلك محسوس، وأمّا المعنى فالغذاء على ما ذكرنا أنّ الشرع حرّم لأنه غذاء الصغير وبه يقع النشوء، ومعنى الغذاء باق بعد موت الأصل لدليلين:

أحدهما: أن اللبن لا يموت بموت الأصل، كالشعر والعظم وجميع ما يُبان من الحي فلا ينجس ولا يتألم به الحيّ على ما قررناه في موضعه، وعن عمر رضي الله عنه: «اللبن لا يموت»(٣).

والثاني: أنّه وإن حلّه الموت فما تحته إلا[٤] النّجاسة، فأمّا سقوط معنى الغذاء فلا، فإن لحم الميت يُتغذى به ولهذا حلّ عند الضرورة.

ولأنه لا فرق بين جرح الصيد وجرح الشاة، والصيد يحلّ به دون الشاة، فلم تكن الحرمة لسقوط الغذاء إذ لو كان كذلك لما حلّ به الصيد، ولا أيضاً إذا

---

(١) «الأم» للشافعي (٣٣/٥)، و«مختصر المزني» (٣٣٣/٨) و«الحاوي الكبير» (٣٧٦/١١).

[٢] «أ» (إنما قلنا قائم).

(٣) لم أقف عليه عن عمر رضي الله عنه، ورواه عبد الرزاق في مصنفه (٨٧٨٤) عن أبي جعفر الرازي، عن ربيع بن أنس، عن أبي العالية قال: سألوه عن الأنافح؟ فقال: «إن اللبن لا يموت».

[٤] في «ص» (فلا تحله).

ندّت الشاة ولا حلّت السمكة ولا الجرادة، والنجاسة لا تمنع التغذي به ولا ثبوت الحرمة كما لو حلت[١] حال حياتها في قارورة نجسة، وهذا بخلاف الوطء لأن الوطء أوجب الحرمة لأنه صار بمنزلة الماء، لأنه سبب الولاد الموجب للبعضية، ويكون سبباً في محلّ الحرث وبالممات لا يكون محلاً له.

ألا ترىٰ أنّ المحل مما يستباح بالعقد، وأنّه لا يتصور علىٰ الميتة فصار وطؤها كاللواطة، ولأن الوطء إنما يكون سبباً للولد بالماء وإنّما يكون سببا للماء عادة في محلّ الشهوة، فالإيلاج بلا شهوة لا يكون سبباً للماء قط، وبالموت يخرج عن حال الاشتهاء، حتىٰ كانت الطباع تنفر عن نفس مقاربة الميت قبل الوطء، وإنما يكون ذلك لغلبة الشهوة كما يكون بالاحتلام عن فكرة وبالنظر، ولا يكون هذا الإيلاج وطئا علىٰ المتعارف منه.

ويكون كوطء صغيرة لا يشتهي مثلها، وذلك لا يوجب الحرمة عند أبي حنيفة ومحمد ﷺ، بل أشدّ لأنها تنكح وهذه لا تنكح، بل أشبه اللبن الولد الذي يخرج من بطنها بعد الموت، فإنّ الحرمات تتعلق بهذا الولاد كما لو ولدت في حال الحياة، لأن الولد لم يتغير عن حاله بموتها.

فأمّا قوله: إن اللبن فرعها وهي لا توصف بالحل والحرمة فلا كذلك، فإنّها توصف بالحل والحرمة، ألا ترىٰ أنه لا يحلّ للرجال غسلها ولا النظر إلىٰ عورتها ويحلّ للنساء، وكذلك المحارم يدفنونها [وييممها المحرم بلا حرمة إلا أنها لا تقبل العقد لخروجها عن محل الوطء ولم يبق محلا للولد لأنها ليست بحرث كالرجل][٢].

---

[١] «س» (جلب) والمثبت من «أ» و«ن» و«ص».

[٢] ما بين [ ] ليس في «س»، والمثبت من حاشية «أ»، «ن»، «ص».

علىٰ أنّ اللبن لا يتولد بعد الموت وإنما يتولد حال الحياة كالبيضة والولد ، فتولد في الضرع وصار الضرع وعاء له ، واتصف بصفة الأصل وصار بمنزلة ما لو حلب منها وهي حيّة ثم شربه الصبي بعد موتها.

ألا ترىٰ أنّا نقول: إذا وهب اللّبن في الضرع وأمره بالحلب فحلب صحّت الهبة ، وكذلك إذا اشترىٰ شاة لبونا بلبن فإن كان اللبن الصافي أكثر مما في الضرع جاز ، ليكون اللبن بمثله والزيادة بإزاء الشاة ، ولو لم يعتبر ما في الشاة من اللبن قائماً لما ثبت حكم الربا.

فثبت أن اللبن بمنزلة المودع فيه من وجه ، ومن وجه صفة قائمة للشاة ، فيقال شاة لبون ، وعلىٰ هذا الوجه يجب الاعتبار حال الفصل عنها ، إلا أنّا نرجح الشبه الأول احتياطاً لباب الحرمة كما جعل مثله في باب الرّبا احتياطا لأمر الربا ، وعلىٰ أنّها تتصف بالحل والحرمة حتىٰ غسلتها المرأة دون الرجل ، والمحرم ييّممها بلا خرقة دون الأجنبيّ ، إلا أنها لا تقبل العقد لخروجها عن محل الوطء ولم تبق محلا للوطء لأنّها ليست بحرث كالرجل.

وهذه المسألة فرع في الحقيقة لمسألتين:

إحداهما: أن اللبن يموت علىٰ أصل الشافعي فيصير حرام التناول لعينه ، كالمرأة بغير عقد حرام الوطء لعينها ، ثم قد ثبت من مذهب الشافعي أن حرمة الصهر لا تثبت بالزنا ، فكذلك بلبن الميتة لأن هذه الحرمة ثبتت كرامة مثل حرمة النّسب والصهر ، وعندنا تثبت به ، وإن سلمنا أنّ اللبن يموت إلا أن[١] معنىٰ التربية باق وذلك بخلق الله ، ولا حرمة فيه علىٰ ما قلناه في مسألة الزنا والله أعلم.

---

[١] «أ» (لأن).

|٥٤٥| **مسألةٌ**: من الرضاع، وليست من جنس ما مرّ: إذا تزوج امرأتين رضيعتين فأرضعتهما امرأة واحدةً بعد الأخرىٰ بانتا جميعاً.

وقال بعض الناس(١): تبين الأخيرة[٢] لأنها مجموعة إلىٰ الأولىٰ بالأختية فتكون أولىٰ بالحرمة، كما لو كانتا أختين وتزوجهما في عقدين.

إلا أنا نقول: الأختية لا يتصور ثبوتها علىٰ الترادف، فإنها لا تثبت إلا مشتركة بين شخصين، وإنما يترادف وجود الذاتين غير أختين كما في الولاد، فإن البنت الأخيرة لا تصير أختاً للأولىٰ إلا والأولىٰ تصير أختاً لها معاً معاً. فهو اسم يثبت بولادة شخصين كعلة ذات وصفين لا يثبت حكمها إلا بوجود الوصفين، لا يتصور بعض الحكم ببعض الوصف، وحين ثبوت الاسم كانتا مجموعتين تحته نكاحاً علىٰ السّواء، فيشيع الحرمة كما لو تزوجهما جملة[٣]، فأما النّكاح ابتداء فيتصور ثبوته للشخصين علىٰ التّعاقب، والله أعلم.

---

(١) «الأم» للشافعي (٣٥/٥)، و«مختصر المزني» (٣٣٣/٨) و«الحاوي الكبير» (٣٨٦/١١-٣٨٧).

[٢] «أ» (الآخرة).

[٣] «ن» (معا جملة).

فصل آخر من الشرط[١]

ومن شرط النّكاح ألا يجمع بين أختين، ولا بين الخمس نكاحاً.

واختلفوا في أن العدة عن النّكاح هل تمنع هذا الجمع، وقد ذكرنا هذه المسائل في مسائل العدّة أنها حق النّكاح أو حقّ الماء.

ومن الشرط أن تكون المنكوحة خالية عن ملك يمين المتزوج أو المرأة حقيقة وحقاً، واختلفوا في الأب يتزوج أمة ابنه، قال علماؤنا رحمهم الله: إنّه صحيح، وقال مالك والشافعي رحمهما الله: لا يصح(٢) لقوله[٣] عليه السلام: «**إن أطيب ما يأكل الرجل من كسبه، وإن ولده من كسبه**»(٤)، وقوله عليه السلام لرجل: «**أنت ومالك لأبيك**»(٥)، يوجب أن تكون أمة الابن ملكاً للأب حقيقة كأمة عبده، فالدليل عليه وإن قام عندنا أنه لا يملكه حقيقة، فإنّ الحقّ باق ما لم يقم الدليل عليه، والحقيقة إذا

---

[١] «ن» (من الشروط).

(٢) «المدونة» (٢/١٣٥)، و«النوادر والزيادات» (٤/٥٢٢) و«الأم» (٦/٢٦٩).

[٣] «ن» (لأن قوله).

(٤) رواه النسائي في الكبرى (٦٠٠٠)، وأبو داود (٣٥٢٨) والترمذي (١٣٥٨) وابن ماجه (٢١٣٧)، وأحمد في مسنده (٥٨١٤/١١) برقم: (٢٤٦٦٦) والبيهقي في سننه الكبير (١٥٨٤٤) وصحّحه ابن حبان.

(٥) رواه ابن حبان (٤١٠) من حديث عطاء، عن عائشة، وأبو داود (٣٥٣٠) من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده وابن ماجه (٢٢٩٢) من حديث محمد بن المنكدر عن جابر بن عبد الله أن رجلًا قال: يا رسول الله إن لي مالًا وولدًا وإن أبي يريد أن يجتاح مالي، فقال: "أنت ومالك لأبيك"، ورواه البيهقي (١٥٨٥٢) عن ابن عيينة، عن ابن المنكدر، مرسلًا، وقال البيهقي وقد روي موصولا من أوجه أخر ولا يثبت مثلها.

منعت صحة النّكاح عمل حقها في المنع عملها ألا ترىٰ أن النّكاح لما منع المرأة صحة نكاح رجل آخر فكذلك العدة تمنع المرأة أيضاً، وكذلك ملك المكاتب مانع، فإنه لا يحلّ للمولىٰ أن ينكح أمة مكاتبه، كما لا ينكح أمة عبده، وليس له حقيقة ملك في كسب المكاتب بل له حق ملك، بل حقّ الأب آكد في مال الولد، بدليل أنّه يستولد أمة ابنه فيملكها. ولو أنّه استولد أمة مكاتبه لم يملكها، وكذلك يأكل من مال ولده عند الحاجة ولا يأكل من مال مكاتبه.

والحجة لعلمائنا[١] ﷺ: أنهما حران فلا يكون لأحدهما في مال الآخر حقّ الملك، فلا يحرم عليه مملوكة الآخر قياساً علىٰ الأخوين وقياساً للابن علىٰ الأب.

وتأثيره: أنّ المالكية ممّا يبتني[٢] علىٰ الحرية، فإذا كانا حرّين كان كل واحد منهما مالكاً علىٰ الحقيقة ما صح له سبب الملك فيه شرعاً، ولم يبق للآخر حقّ ملك لأنّ حقّ الملك[٣] في الكسب ينبني علىٰ الملك في الرقبة، ولما كانا حرّين لم يبق لأحدهما علىٰ الآخر ملك في رقبته بوجه، ولأنّ الحرية توجب خلوص الملك له من قولهم طين حرّ أي خالص، ولهذا لا يملك الأب مال ولده عليه إلا بسبب جديد للملك كما كان بين الأجانب، إلا أن التناول عند الحاجة في حقّه جعل سبباً للملك كما يملك الرجل مال غريمه بالتناول منه.

❁ فإن قيل: الولد كسبه كما قال النبيّ ﷺ، فيبقىٰ له حقّ الملك بحكم أنّه كسبه.

---

[١] «ن» (ولعلمائنا) وفي «ص» (ولنا).

[٢] «ن» (منا تبتنىٰ).

[٣] «أ» (الآخر).

۞ قلنا: هو كسب حرّ فيعتبر بعبد اشتراه أو سباه ثم أعتقه أو عتق عليه بقرابة.

❊ فإن قيل: أليس الأب إذا زنا بجارية ولده لا يحدّ[١] لمعنىٰ في حق الملك.

۞ قلنا: لا كذلك، بل للشبهة، فإنّ النّص المبيح إن لم يوجب إباحة أوجب الشبهة، والحد يسقط بالشبهة، والشبهة لا تمنع صحة النّكاح. ألا ترىٰ أنه إذا تزوج امرأة بغير شهود ثم دخل بها لم يحدّ للشبهة، فلو نكحها ثانياً صح، وكذلك لو نكحها غيره صحّ، ولو كانت منكوحة علىٰ الحقيقة لم يصح. وقد بيّنا أن النّكاح يثبت مع الشبهة في جواز انعقاد النّكاح بشهادة رجل وامرأتين.

ويدل عليه: أن المولىٰ لو زنا بامرأة عبده يحدّ ولا يثبت له حق، ولا شبهة بكون المالك للمرأة عبداً له لأن ذلك الملك لم ينتشر إلىٰ ما يستحق بالنّكاح، فبقي[٢] فيه علىٰ الحرية، فلأن لا يثبت الحقّ في أمة الابن وهو حرّ علىٰ الحقيقة أولىٰ.

❊ فإن قيل: الولد من حيث أنه بعضه بمنزلة نفسه، فلا تكون حرية نفسه مانعة عن الملك، ومن حيث أنه شخص علىٰ حدة يقتضي المباينة فذهبت حقيقة الملك وبقي الحق.

۞ قلنا: بعضية زائلة تعتبر بملك زائل عن العبد، ألا ترىٰ أنّ ما يكون للأب لا يثبت للابن فيه حق الملك، بمعنىٰ أنهما كانا شخصاً واحداً فكذلك في جانب الابن، لأنّ البعضية سواء من الطرفين، وإنما يفترقان من حيث أن الولد كسب الأب، وقد مرّ الجواب، فثبت أن أحكام الاتحاد في الملك منقطعة، وإنما بقيت[٣]

---

[١] في حاشية «أ» (لا يحل).

[٢] «أ» (فيبقىٰ).

[٣] «ن»، وحاشية «أ» (يثبت).

شبهة بظاهر النّص فلا تظهر إلا فيما يسقط بالشبهات، ولأنّ الابن يحل له وطؤ أمته ولو ثبت للأب فيها حق ملك لمنع المالك عن الوطء، فإنّ الأب لو ملك جزءاً منها حقيقة منع فكذلك الحقّ. ألا ترىٰ أن النّكاح من رجل لما منع المالك عن الوطء فكذا العدة تمنع، وكذلك المكاتب لا يطأ أمته لأن للمولىٰ فيها حقّ الملك، وكذلك المشتري شراءً فاسداً يملك الأمة ولا يطؤها لأن للبائع حق الملك فيها ولا يلزم البائع بالخيار ثلاثة أيام فإنّه يحل له أن يطأ الأمة المبيعة وللمشتري فيها حق، لأنّ المشتري ما ثبت له حق بعد، ولكنه لا يحد إذا وطئها للشبهة، وإذا تزوجها المشترىٰ في مدة الخيار فلا رواية فيه أيجوز أم لا ؟

والمعنىٰ: يوجب أن يجوز النّكاح لأن إقدام البائع علىٰ التزويج إسقاط للخيار وإبقاء للملك.

ولأنّ الأب متىٰ استولد أمة ابنه ملكها ولو كان له حق ملك فيها لصح الاستيلاد بحق الملك، كما في أمة المكاتب يستولدها المولىٰ. واستيلاد الأب أمة الابن متىٰ صح مثبتاً للنسب بدون ملك الرقبة لم تملك الرقبة كما لو كانت منكوحة للأب.

وهذا لأنّه إنما يتملك مال الولد بغير رضاه عند الحاجة، ولا حاجة إلا النسب، فإذا كان يثبت النسب بالحق زالت الحاجة، فلا يبقىٰ له ولاية التملك فلا يملك، كما لو استغنىٰ عن النسب بنكاح الأمة أو بأن وطئ ولم يعلق فإنه لا يملك بالإجماع.

والجواب عن الخبر أنّ المراد منه مجازه من حيث التسمية بصورته دون معناه، والله أعلم.

|٥٤٦| **مسألةٌ**: ومما يقرب منها إذا قال زوج المعتدة: أخبرتني أنّ عدتها قد انقضت وذلك في مدة تنقضي في مثلها العدة وكذبته المرأة، حلّ له نكاح أختها وأربع سواها.

وقال زفر بن الهذيل: لا يحل لأنّ المحرم قبل الخبر عدتها وهي قائمة بعد الخبر، والدليل على أنها قائمة أن الشرع جعل القول قولها في انقضاء العدة إذا كانت تعتد بالحيض، وبدليل بقاء النفقة والسكنى، ولأنّه لو قال لها: انقضت عدتك وهي تكذبه لم تحل له الأخت، ولأن خبر الرجل فاسد لأنه يروى عنها وهي تكذبه، فهو كما لو قال لها: أعتقت عبدك وهي تكذبه، أو يروى حديثاً عن رجل وهو يكذبه.

ولعلمائنا ﷺ: أنّه أخبر عن أمر محتمل فيكون مصدقاً في حقّ نفسه، كما لو قال: هذا اللحم ذبيحة مسلم، وإنّه حلال لي، أو هذه المرأة التي نكحتها من المحللات لي، وكذلك يقول: هذه كانت جارية فلان وهبها لي، أو كانت هذه المرأة امرأة فلان فطلقها وانقضت عدتها ثم تزوجتها لم تحرم عليه والمرأة تقول: طلقني زوجي وانقضت عدتي حلّ لها أن تنكح، وللسّامع أن ينكحها إذا وقع في قلبه أنّها صادقة.

وكذلك إذا أخبر أنّ فلاناً بعث هذه الأمة هدية إليك حل له القبول والوطء، فعلمتَ أنّ خبر العاقل عما يحتمل الصدق [يحمل][1] على الصدق في حقّ نفسه، إلا أنّه ربما لا يكون حجة على غيره، فلا يلزم الغير إذا لم يصدقه [ونازعه][2]،

---

[١] ما بين [ ] ليس في «أ»، وفي حاشيتها أنه نسخة

[٢] ما بين [ ] ليس في «ن».

والكلام فيما نحن فيه في حلّ أختها[١] وأربع سواها وذلك حقّه، وليس للمرأة في تلك الحرمة حقّ لأنه لا حقّ لنا في المحل المحرّم وإنّما يحرم التناول حقًّا لنا صيانة لحقنا الثابت في المحل المتناول، فأمّا ما سواها من المحرمات فهي حدود الله تعالىٰ وحقوقه كالحلّ في المسائل التي ذكرناها.

ألا ترىٰ أنّ المعتدة لو كانت [غائبة][٢] والمسألة بحالها حلّ لأختها التزوج به، فثبت أن الكذب لو ثبت لثبت بإنكارها، وإنكارها حجة في حقّ نفسها دون غيرها، لأنّه خبر مثل الدّعوىٰ فلا يرتفع الحل الثابت للرجل بإنكارها.

وهذا كما ذكرنا أنّ الصلح علىٰ الإنكار جائز، لأن حق الاعتياضِ للمدّعي ثبت بخبره أن هذا الشيء لي، لأنه محتمل وهو مصدَّق في حقّ نفسه.

ألا ترىٰ أنّه لو قال: اشتريت[٣] هذا العبد من فلان وقبضته حلّ للسامع أن يشتريه منه ويعتاض عليه، فإذا[٤] جاء الآخر وأنكر البيع لم يبطل علىٰ المخبر أولاً[٥] حقّ الاعتياض بإنكاره، لأنه خبر مثل خبر المدّعي محتمل للصدق والكذب، بل كل واحد منهما يبقىٰ في حق نفسه علىٰ ما كان فيحل للمدّعي الاعتياض بالصلح ويحل للمنكر الإمساك بغير صلح، ولا يلزم خبر أحدهما صاحبه، فكذلك فيما نحن فيه لا يلزم المرأة بخبره شيءٌ، ولا يلزم الرجل بإنكارها حرمة فتبقىٰ هي في حقها معتدة لها النفقة والسكنىٰ وجميع ما كان لها

[١] في حاشية «أ» (عليه).

[٢] ما بين [ ] ليس في «أ».

[٣] «ن» «ص» (إني اشتريت).

[٤] «أ» (فإنه إذا).

[٥] في حاشية «أ» (ولا).

من الحقوق المستحقة بالعدة، ويبقىٰ الرجل علىٰ ما أخبر، لأن الحكم يثبت بقدر الدليل، فإذا كان الدّليل قاصراً في حقّ أحد دون أحد ثبت الحكم علىٰ القصور كاستحقاق المبيع إذا ثبت بالإقرار ثبت في حقّ المشتري دون البائع.

وثبوت الدّين في تركة الذمي إذا كان بشهود كفار وفي الغرماء مسلمون وكافرون، لم يثبت في حق الغرماء المسلمين من ذلك شيء وثبت في حق الآخرين.

وأمّا إذا قال: قد انقضت عدتك فلا رواية له وينبغي أن يسأل الرجل، فيقال: بماذا عرفت، فإن فسّر وجهاً يحتمل الصدق حل له أختها، ويحتمل أن يصدق قبل الاستفسار فإنه يحتمل الصدق، وكذلك إذا تزوج امرأة وقال: وكانت أمة فلانٍ فأعتقها فتزوجتُها كانت حلالاً له.

فإن قال[١] فلان: لم أعتقها فرقنا بينهما الآن لأنه لا يصدق علىٰ فلان، ولما أنكره وهو مصدّق علىٰ إنكاره في حقّ نفسه بقي الملك له فيها، وبقيت الحرمة لحقّه والمحل مملوك له كما بقيناها[٢] ههنا في حقها من النفقة والسكنىٰ علىٰ ما كانت، إلا أن إبقاء حقوق العدة عليها ليس مما ينافي حل أختها وأربعٍ سواها، فإنها حقوق مالية، وجائز الجمع بين حقوق مالية لامرأة ونكاح أختها حتىٰ إذا جاءت المعتدّة بولد، وقضي بالنسب بطل نكاح الأخت، **قال محمد بن الحسن** رحمه الله: لأنّه تبين أنّه تزوج الأخت وفي بطن الأخت الأخرىٰ ولد له ثابت النسب منه لأنّ النسب لا يثبت إلا من حين العلوق، والعلوق الموجب للنسب ما كان قبل الطلاق، ولا يجوز الجمع بين الولدين في بطن أختين ثابتي النسب

[١] «أ» (قيل).
[٢] «أ» (بيّنا).

شرعاً وهو المقصود من النّكاح، كما لا يجمع بينهما وطئا فإنه هو المقصود بالنّكاح فحرم كما حرم النّكاح، ولأنها لما ولدت وقضي بالنسب والنسب لا يثبت إلا بعلوق قبل الطلاق المبيّن صارت بالقضاء حاملاً من وقت الطلاق، فصار خبر الرجل عن انقضاء العدة مما لا يحتمل الصدق، لأنّ الحامل لا تنقضي عدتها إلا بالولادة، ولأن موجب علتنا وهو أن يصدق في حق نفسه كما لو صدّقته عليه.

ولو أنها أقرت بانقضاء العدة ثم جاءت بولد لأقل من ستة أشهر من يوم الطلاق، صارت مكذبة، وبطل على الزوج[١] نكاح أختها، ولأن القضاء بالنسب صدر عن دليل ثابت في حقّ الزوجين وهو العلوق قبل الطلاق فظهر عليهما، والقضاء بالنفقة صدر عن دليل ثابت في حقّ المرأة لا غير وهو إنكارها فلم يظهر إلا في حقها كالقضاء بالاستحقاق عن إقرار المشتري لا يظهر إلا في حقه، وفي البيّنة[٢] يظهر في حقّ البائع والمشتري جميعا.

❁ فإن قيل: أليس لو مات كان الميراث للأولى منهما، ولو صحّ نكاح الأخرى[٣] لورثت.

❁ قلنا: ذكر في النّكاح أن الميراث للآخرة منهما وفي الطلاق للأولى.

ووضع المسألة في المريض الذي هو فارٌّ بالطلاق، وامرأة الفارّ ترث بالعدة وحدها، كما تستحق النفقة بالعدة وحدها بعد انقطاع النّكاح بالبينونة، فصار الإرث والنفقة سواء، والإرث للنساء لا يجب إلا ثُمن واحد أو ربع واحدُ، فإذا

---

[١] «أ» (الرجل).

[٢] «ن»، «ص» (بالبينة).

[٣] «ن» (الآخرة).

ثبت لأحدهما لم يجب للأخرىٰ، وإذا لم يصدق في حق الإرث لم يثبت للثانية، لأن النساء وإن كثرن لا يستحققن إلا سهم امرأةٍ واحدة.

فأما الجواب عن الأول: أن العدة منقضية في حق الرجل بدليل قيام حجة الانقضاء، وقوله: إن خبر الرجل فاسد فليس كذلك، بل هو صحيح في حقه لما احتمل صدقاً علىٰ ما قال، وأمّا رواية الخبر عن راوٍ يكذبه ففيه اختلاف: فمن الناس من صحّح ذلك، ومن قال: لا يعمل به فلأنه إنما يصير حجة علىٰ السامع باتصاله برسول الله ﷺ لا بالمحدث، ولما أنكر الراوي صار بحيث لا يقبل منه الراوية فانقطع عن رسول الله لتهمة الكذب، وههنا إنما يصحّ باتّصاله بالمرأة، وبإنكارها لا ينقطع الاتصال في حقّ السامع منها، والله أعلم.

|٥٤٧| مسألةٌ: ومن شرط النّكاح: الشهود.

وقال مالك رحمه الله: الشرط هو الإعلان، لأن الله تعالىٰ ما شرط الشهود في النصوص المبيحة للنّكاح[(١)]، وقال عليه السلام: «أعلنوا النّكاح ولو بضرب الدفوف»[(٢)]، فصار الإعلان شرطاً بأمر النبي ﷺ.

ورفع إلىٰ عمر رضي الله عنه نكاح بشهادة رجل وامرأة فقال: «هذا نكاح السرّ فلا أجيزه»[(٣)]، فعلّل للفساد بأنّه سرّ.

---

(١) انظر: المدونة (٢/١٥٨)، النوادر والزيادات (٤/٤٤٠)، المعونة (١/٧٤٥).

(٢) رواه الترمذي في جامعه (١٠٨٩) بلفظ: أعلنوا هذا النكاح واجعلوه في المساجد، واضربوا عليه بالدفوف، وقال: حديث غريب حسن، ورواه ابن ماجه (١٨٩٥)، وسعيد بن منصور (٦٣٥)، والبيهقي (١٤٨١٤).

(٣) رواه مالك في الموطأ (١٩٦٠)، والبيهقي في سننه الكبير (١٣٨٣٩).

ولأن الشهادة حجة يُحتاج إليها لفصل المنازعات، ولا منازعة في النّكاح حال الوقوع بل هو عقد تمليك فيثبت بلا شهود كالبيع والهبة[١].

ولعامّة العلماء: قول النبي ﷺ: «لا نكاح إلا بشهود»(٢)، وحقيقة «لا» لنفي ما دخل عليه عامّاً، وعن عمر رضي الله عنه: «أيّماً امرأة نكحت بغير بينة فاضربوها الحد»(٣).

والمعنىٰ فيه: أنّ النّكاح مخصوص من بين سائر التمليكات والمعاملات بشرط الإعلان وأن لا يقع سرّاً، إلا أنّا نقول: هذا الإعلان بالشهود وعندك بالإفشاء، والصحيح ما قلناه: لأنّ شرط العقد ما يقارنه كحلّ المرأة وعدم العدّة والردّة والشهود تقارنه، والإفشاء يتعقّبه، ولأن المطلوب من الإعلان الصيانة عن التجاحد لعظم خطره، والصيانة بالشّهادة تكون فإنها تكون حجة علىٰ الجاحد دون الخبر الثابت بالإفشاء، فعلم أنّ الأصل بالشهود والإفشاء إكمال[٤]، ولهذا سمّىٰ عمر رضي الله عنه النّكاح من غير شهادة تامة نكاح السرّ والله أعلم[٥].

|٥٤٨| مسألةٌ: ومن شرط الانبرام: الكفاءة من قِبَل الرجال.

وقال سفيان الثوري رحمه الله: ليس بشرط، لأن الفضل في الإسلام بالتقوىٰ،

---

[١] في حاشية «أ» (والإجارة).

(٢) لم أجده بهذا اللفظ، قال الزيلعي في نصب الراية (٣/١٦٧): «غريب بهذا اللفظ»، ورواه ابن حبان (٤٠٧٥)، والدارقطني (٣٥٣٣) وغيرهما بلفظ: «لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل».

(٣) رواه سعيد بن منصور (٧١٢)، والبيهقي في سننه الكبير (١٣٨٤٨)، وابن أبي شيبة (١٦١٩٥).

[٤] «أ» (كمال).

[٥] «ص» زيادة (وتبين أن هذا الملك الذي يقع علىٰ الإنسان الحركة حكم تلك النفس لا حكم وله زيادة خطر ليست لملك المالك الشرط الزائد بجوازه تعلق بهذه الزيادة لا بمطلق التمليك فلا يبقىٰ لهم شيء إلا أن يسعوا لإبطال الزيادة غير مؤثر والله أعلم).

قال الله تعالىٰ: ﴿إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِندَ ٱللَّهِ أَتْقَىٰكُمْ﴾ [الحجرات: ١٣]. فأمّا النسبة فللتعارف. وقال النبي ﷺ: «**لا فضل لعربي علىٰ عجمي ولا لعجمي علىٰ عربي، إنما الفضل بالتقوىٰ**»(١).

ولنا: ما روىٰ عن جابر بن عبد الله عن النبي ﷺ: «**لا يزوج النساء إلا الأولياء، ولا يزوَّجن إلا من الأكفاء، ولا مهر أقلّ من عشرة**»(٢). وقال ﷺ: «**قريش كلّهم أكفاء بطن ببطن، والعرب كلهم أكفاء قبيلة بقبيلة، والعجم كلهم أكفاء رجل برجل**»(٣)، فجعلهم في الكفاءة علىٰ مراتب، ولا معتبر بهذا الترتيب في غير النّكاح، فثبت أنه في النّكاح. وقال عمر ﷺ: «**لأمنعنّ النّساء فروجهن إلا من الأكفاء**»(٤).

ولأنّ النّكاح عقد أريد[٥] للازدواج والسّكن، ولن يتفق ذلك في الأغلب بين غير الأكفاء من الرجال بخلاف الكفاءة من جهة النّساء، لأنّ الطلاق في يد الرّجل فيمكنه التبديل والمرأة لا يمكنها فتبقىٰ بلا سكن عند غير الكفء، ولأن الرجل مالك مستفرش فلا يغيظه أن تكون المملوكة دونه، وأما المرأة ففراش

---

(١) رواه أحمد في مسنده (٢٣٤٨٩)، وقال الهيثمي في «مجمع الزوائد (٣/ ٢٦٦)»: «رجاله رجال الصحيح».

(٢) رواه البيهقي في سننه الكبير (١٣٨٧٣)، والدارقطني في سننه (٣٦٠١) وأبو يعلىٰ في مسنده (٢٠٩٤)، الطبراني في الأوسط (١/٦ برقم: ٣).

(٣) رواه البيهقي في سننه الكبير (١٣٨٨٢) بلفظ "العرب بعضها أكفاء لبعض؛ قبيلة بقبيلة ورجل برجل، والموالي بعضهم أكفاء لبعض؛ قبيلة بقبيلة ورجل برجل إلا حائك أو حجام" وقال: هذا منقطع بين شجاع وابن جريج، حيث لم يسم شجاع بعض أصحابه.

(٤) رواه سعيد بن منصور (٥٣٧)، والبيهقي في سننه الكبير (١٣٨٧٥)، والدارقطني (٣٧٨٥)، وعبد الرزاق (١٠٣٢٢)، وابن أبي شيبة (١٧٩٩٨).

[٥] «أ»، «ن» (أبد).

للرجل فيغيظها استفراش من لا يكافئها في العادات فيؤدي إلىٰ القطيعة.

والجواب عن النصوص: أن الله تعالىٰ أباح للنّساء النّكاح بشرط المعروف، ولو كان كل نكاح معروفاً لم يكن لهذا الشرط فائدة. وأمّا الفضل عند الله وفي حق الدين بالتقوىٰ، والنّكاح بظاهره من المعاملات والله أعلم.

|٥٤٩| مسألةٌ: ومن الشرط الخلو عن العدّة بأن[١] لا يجمع في العدة، وقد ذكرنا ذلك في أحكام النّكاح، والعدّةُ حكم النّكاح.

|٥٥٠| مسألةٌ: ومن جملة[٢] شروط النّكاح علىٰ الخصوص: الولي من جانب النساء.

فقد أجمعوا أن للولي ولايةَ الإنكاح على المرأة بعد البلوغ، حتى إذا زوجها وليها فبلغها الخبر فسكتت كان رضا(٣)، ولو زوجها غير وليّها لم يكن السكوت رضا، وحتىٰ نهيت عن المباشرة بنفسها، وإذا طلبت من الولي لزم الولي الإجابة به، وإذا امتنع صار ظالماً وأمره القاضي بالإجابة، فإذا أبىٰ ناب عنه القاضي.

وإنما اختلفوا في أنها إذا زوجت نفسها بغير ولي أيجوز أم لا؟ واختلفوا أيضاً في ثبوت الولاية في النّكاح بالصغر كيف تثبت، فنبدأ بحكم الصّغار والصغائر.

---

[١] «أ» (وأن).

[٢] «أ» (جهة).

(٣) «المدونة» (٢/١٥٨).

[٥٥١] مسألةٌ: قال عامّة العلماء ﷺ ولاية الإنكاح[١] ثابتة على الصغار والصغائر.

وقال بعض الناس: لا تثبت لأن الله تعالى يقول: ﴿وَٱبۡتَلُواْ ٱلۡيَتَٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُواْ ٱلنِّكَاحَ فَإِنۡ ءَانَسۡتُم مِّنۡهُمۡ رُشۡدٗا فَٱدۡفَعُوٓاْ إِلَيۡهِمۡ أَمۡوَٰلَهُمۡۖ﴾ [النساء: ٦]، جعل الله تعالى بلوغهم النّكاح غاية لدفع المال إليهم، ولو كان لهم نكاح حال الصغر لم يصر غاية، ولأن الدفع لا يكون إلا بعد البلوغ، فثبت أن بلوغهم النّكاح عبارة عن البلوغ.

ولأن الولاية للحرّ في الأصل بحق حريّته[٢] في نفسه وماله. وإنما أثبت الشرع لغيره عليه على سبيل النيابة عنه نظراً له لحاجته إلى استيفائها، وهو عاجز حتى يستوفيها له وليه فتندفع الحاجة عنه.

ألا ترى أنّه ثبت في التجارة لحاجته إلى المال في صغره، وأنه لا يبقى إلا بالتجارة، ولا توجد إلا بالتصرف في المال والتكسب له فنقل إلى غيره، ولم تنقل ولاية الهبة والإعتاق والطلاق لأنه لا حاجة بالصّبي إليها، ثم الإنكاح من جملة ما لا حاجة للصغير إليه لأنه لا شهوة به حال الصّغر، ولا يتم أمر الشهوة إلا بعد البلوغ فلم يكن في النقل إلى الغير نظر دفع حاجته[٣]، فلم تنتقل.

ولعامة العلماء: أنّ الله تعالى شرع للائي لم يحضن عدة الطلاق، وأنّها لا تكون إلا بعد النّكاح. وتزوج رسول الله ﷺ عائشة رضي الله عنها وهي صغيرة وبنى بها وهي صغيرة، وأخبار الصحابة كثيرة نذكرها في خلال المسائل.

---

[١] «أ» (النكاح).

[٢] «ن»، وحاشية «أ» (ولايته).

[٣] «ن» (حاجة).

والفقه فيه: أنّ النكاح من جنس التّصرف في المال بالإصلاح ، لأنّ الله تعالىٰ خلق هذا العالم للبقاء إلىٰ يوم القيامة وعلّق بقاء النفس بالمال ، وبقاء الجنس بالنّكاح ، لأن بقاء الجنس بالنسل ولا نسل علىٰ ما خلقوا عليه من الحرية إلا بالنّكاح.

فعلم أنّ مصلحة البقاء المحكوم به متعلّقة بالمال والنسل ، ووجود المال بالتجارة والزراعة ونحوها ، ووجود النسل بالنّكاح ، وكذلك خلق شهوتين لا يصبر الإنسان عنهما علىٰ أصل الجبلة شهوة البطن والفرج ، وسبب اقتضائهما المال والنّكاح.

ثم الشرع نقل بالصغر إحدىٰ الولايتين إلىٰ الأولياء وهي ولاية إصلاح المال ، فكذلك الأخرىٰ التي فيها إصلاح أمر النفس[١].

فأما الجواب عن احتجاجهم بالآية: أنه يحتمل أن يكون المراد بقوله: (إذا بلغوا النّكاح) ، أي الوطء والإنزال فيكون كناية عن البلوغ أو بلغوا أن ينكحوا بأنفسهم ، والخلاف في الإنكاح وأنّه غير النّكاح ، فهذا تأويل الآية لتكون علىٰ وفق الأولىٰ والسنّة.

وعن المعنىٰ: أنّ العبرة في الباب لكون التصرف مما يتعلّق به مصلحة البقاء واقتضاء الشهوة ، لا الحاجة المتحقّقة بدليل أن التصرف في المال صحيح ، وإن لم يكن للصبي حاجة إلىٰ التصرّف لكثرة ماله ، وهذا لأنّ حال الحاجة أمر باطن لا يوقف عليها أو تتعذر مراعاتها فبني[٢] الأمر علىٰ أن يكون المطلوب بالتصرف

---

[١] في حاشية «أ» (النسل).

[٢] في حاشية «أ» (فبقي).

من جملة ما يحتاج إليه الآدمي لمصلحة البقاء وتوابعه، فإذا ألغي اعتبار الحال صار النّكاح والتجارة في المال واحدا.

والدّليل عليه أنّ النّكاح يعقد للأبد والحاجة إليه قائمة على اعتبار الأبد، وفيه مقاصد جمة[١]، فإنه يعقد للنسل ولجميع مصالح أمر المعيشة فإنهما شخصان يزدوجان لإقامة المصالح كمصراعي الباب وزوجي نعل، ولن يتفق[٢] ذلك إلا بخصال وأغراض في الناس شتى، ولن يقع الاتفاق في كل حين، وربما يتفق ذلك في حال الصغر ولو انتظر به الكبر لفاته بحيث لا يتدارك، ولو استوفي له لم يفت الصغير المقصود منه على ما عليه بناء[٣] الأمر من سلامة الحال والدّوام، فإنّ التغيّر لا يكون إلا بعارض وأنّه موهوم فلا يعارض القائم، وإذا بني على السّلامة تحققّت الحاجة وقضيت في مدّة النّكاح فكان الاستيفاء أنظر للصّغير من الانتظار بخلاف التبرعات لأنها تنقص المال بلا صلاح عاجل يحصل للصغير به، والمعتبر الصلاح العاجل في هذا الباب، والله أعلم.

|٥٥٢| **مسألةٌ**: قال علماؤنا ﷺ: إنكاح الصّغيرة مثل إنكاح الصغير والتجارة في المال والولاية عليهما[٤] ثبت بالصغر.

وقال الشافعي ﷺ(٥): لا تثبت بالصّغر عليها ولاية الإنّكاح، وذهب إلى أنّ الإنكاح بمعنى الإرقاق، قال النبي ﷺ: **«النّكاح رقّ فلينظر أحدكم أين يضع**

[١] «أ» (خمسة).

[٢] «ن»، «ص»، وحاشية «أ» (يرتفع).

[٣] «ن»، وحاشية «أ» (على ما مر بنا).

[٤] في حاشية «أ» (عليها).

(٥) «الأم» (٥/٢١)، و«مختصر المزني» (٨/٢٦٥) و«الحاوي الكبير» (٩/٦٩).

كريمته»(١) ، ولأنّ الزوج يستحق عليها من نفسها ضرب ملك بالنّكاح على ما بيّنا في فصل حكم النّكاح حتى تصير محتبسة[٢] عنده بحكم الملك ، كما يستحق حقيقة الملك بالإرقاق ، ولهذا لم يجز نكاح الكتابيّ المسلمة ، والذي تعتاض المرأة عما يملك منها المهر مالها من نفس الرجل من الملك بمثل ما عليها ، بل المهر هو العوض في مقابلته ، والمهر مال فلا يقابل النفس في حق صاحب النفس ، وإنما صير إليه لضرورة الحاجة إلى الوطء ، إما احتراز عن الزنا أو للنّسل ، فأما أن يكون الأمر على المساواة وصفا[٣] فلا ، وهذه الضّرورة إنما تقع بعد الكبر وبلوغهن الشهوة ، فأمّا في الصغر فلا ، وهذا كما يحل قطع الطرف دفعا لآكلة وقعت عن العدوى إلى النفس ، ويكون مصلحة لضرورة لا[٤] أنّ القطع مصلحة وضعاً ، وكذلك التبرعات فيها حكم كثيرة ولكن وضعها[٥] لنقصان المال بلا جبر عاجل فكان في حقّ الصبي من المضار.

وكذلك قلتم: الأب إذا آجر ابنه سنة وهو صغير[٦] فبلغ في المدّة فله نقض الإجارة ، لأنّ الأب عقدها[٧] لا عن ولاية بخلاف إجارة عبده أو داره سنة ، لأنّ إجارة النفس تستحق بها النفس في الجملة فلم يكن الأجر ممّا يعادله فبقيت من المضار.

إلا أنّا جوزنا لأن المستحّق بالإجارة منافع الشخص وهي أموال غير الشخص

---

(١) تقدم.

[٢] في حاشية «س» (الاحتباس لازم ومتعدّي).

[٣] «ن» ، «ص» ، «أ» (وضعا).

[٤] «أ» ، «ن» (إلا) ، «ص» (لأنّ).

[٥] «ن» ، «أ» (وضعًا).

[٦] «ن» ، «ص» ، وحاشية «أ» (ابنه الصغير سنة).

[٧] «س» (نقضها) والمثبت من «أ» ، «ن» ، «ص».

تباين الشّخص حقيقة وحكماً، فوقعت المعادلة بين المال والمال، والمستحق في باب النّكاح معنًىٰ فيها[١] لا منافعها علىٰ الحقيقة، حتىٰ لو لم يكن النّكاح في حكم مبادلة مال بمال ولا الإجارات، وإذا كان هذا التصرف من المضار إلاّ عند الشهوة حقيقة دفعاً للضرر لم يثبت للولي لصغر المتصرف عليه كالتبرعات وإجارة النفس عندكم وقطع الطرف لآكلة، وهذا لأنّ الصغر ينافي[٢] الشهوة وبدون تحقق الشهوة هذا الانكاح[٣] مضرّة، والصغر سبب لاستحقاق الرحمة.

والنظر: لما به من الضعف جبلة لا للمضرة.

وإنما تثبت الولاية علىٰ النساء في الجملة لأنوثتهن لأنهن ناقصات العقل والرأي بسبب الأنوثة، والنّكاح عظيم خطره لأنه يعقد لإقامة العالم بالنسل، وكثير أغراضه؛ لأنه يقصد منه الازدواج بين الشخصين لإقامة مصالح العمر كله من الأنس والسكن والعشرة[٤] وحوائج الحال [والمال][٥]، ولا تستدرك هذه الأغراض إلا بكمال الرأي [فسلبن الولاية فيه بنقصان الرأي نظراً لهن في تحصيل [الأغراض بكامل][٦] الرأي][٧]. وإبانة لخطر هذا الملك بوضع الولاية عند الرجال أولىٰ الكمال كما لم يبح إلا بشهود إبانة لخطر هذا الملك بالتحصين بالحجة [الشرعية][٧] بعد التحصين بالمباشر القوي.

---

[١] «ن»، «ص» (منها).

[٢] «ن»، «ص»، وحاشية «أ» (يفارق).

[٣] «ن» (النكاح).

[٤] «ن» (العشق).

[٥] ما بين [ ] ليس في «س» والمثبت من «ن»، وحاشية «أ».

[٦] ما بين [ ] ليس في «أ» ولكنه في حاشيتها.

[٧] ما بين [ ] ليس في «س» والمثبت من «أ»، «ن»، «ص».

ولهذا بقيت[١] الولاية عليهن بعد البلوغ، على ما بيّنا[٢] في المقدّمة، لأنّ الأنوثة باقية، وإنما وجب التعليق بالأنوثة دون الصغر وإن كان الصغر يسلب أصل الرأي والأنوثة تسلب الكمال لما ذكرنا أن هذا التصرف في وضعه من المضار، فلا يثبت بنفس عجز من له الحقّ حتى ينضم إلى العجز الحاجة إليه، كما في قطع اليد عن الآكلة[٣] والحاجة إليه لا تقع في الصغر وتقع في العمر، كله فوجب تعليق هذه الولاية بسبب مؤثر يعمّ العمر كله ليكون الإثبات باعتبار الحاجة في جملة مدة[٤] النّكاح، فيصير مصلحة بوقوع الحاجة وذلك الأنوثة لا الصغر، فإنه يزول بمجيء حين الحاجة بخلاف إنكاح الصغير لأنه يبذل المال ويستحق به النفس فكان في حقّه أعدل من التجارة، لأن النفس فوق المال فكان من مصالحه وضعاً.

فأثبت للولي بالصغر نظراً له، والجملة أن الصغر سبب للنظر، فإنما يثبت للولي ولاية التصرف إذا تصرف له في المعنى لا عليه، والتجارة سبب لزيادة مالِه فيكون تصرفاً له، وإنكاح الصغير يزيد له نفساً بماله فكان نظراً له، وإنكاح الصغيرة تصرف عليها شرعاً، والانجبار لم يقع بالمال لأنه دونه، فبقي من المضارّ، فإذا عرفنا هذا خرجت المسائل على أصله[٥].

|٥٥٣| مسألةٌ: منها: أنّ الأب لا يزوج ابنته الصغيرة الثيب لأنّها ثيب، فيجب تعليق نفاذ الولاية عليها برأيها قياساً على الكبيرة، وهذا لما ذكرنا أنّ هذه

---

[١] «ن» (نثبت).

[٢] «ن»، وحاشية «أ» (قلنا)، «ص» (ذكرنا).

[٣] «ن» (آكلة).

[٤] «ص» (ملك).

[٥] «ص» (ذلك).

الولاية لا تثبت بالصّغر، وإذا لغئ وصفُ الصغر استويا، ثم بيان تأثير هذا الوصف أنّ الوطء في الوضع[١] استذلال بالمرأة لأنه استفراش، ولهذا لم يملك الكتابي[٢] أن يطأ امرأته بعد ما تسلم وإن بقي الملك، لأنه استذلال، وإنما صير إليه اختياراً لما فيه من قضاء الشهوة.

ألا ترئ أنه لما لم يكن بالرجال شهوة في الفعل بهم وجدنا المفعول به ممتنعاً دون الفاعل بموجب الطبيعة، وإذا كان الوطء من جانب النساء إنما يصير مرغوباً فيه بما يتعلق به من اقتضاء الشهوة وعلم ذلك للمرأة لا يتحقق إلا بإصابة الرجل إيّاها فتعرف موقع ما يمسها من الاستذلال بالاستفراش بما تنال من اقتضاء الشهوة بالتجربة والمقابلة، ولأن العلم بكل أمر يحتاج إليه في التمييز إمّا أن يقع بالتجربة والعيان أو بالسماع.

والبكر من النساء تستحي عن استخبار باب الجماع ولهذا جعل سكوتها رضا في باب النّكاح، فلم يبق إلا العيان وذلك بالوطء نفسه.

ولأن الملاذّ التي[٣] طريق معرفتها حسّ المماسّة لا يعرف حقيقة بالخبر كملاذ الشمّ، والرؤية لا تعرف بغيرهما ولما تعلق بالوطء علم هذا الباب وبه يحدث الرأي أقام الشرع الثيوبة[٤] في هذا الباب في تعليق النفاذ برأيها مقام البلوغ في باب الرجل، والبكارة مقام الصغر في أن لا يعتبر رأيها لتنفيذ نكاح

---

[١] «ص» (الأصل).

[٢] «ن»، «ص»، وحاشية «أ» (يحل للكتابي).

[٣] «أ» (الذي).

[٤] في حاشية «أ» (البينونة).

الولي الذي يملك أمرها بنفسه ولا يلزم المجنونة الثيب[١] الكبيرة فإنها تزوج بلا استئمار، لأنّا عللنا لنجعل الثيوبة مقام[٢] البلوغ في باب المال، وباب الذكر في ملكها رأيها حتىٰ لا يُفتات[٣] عليها، ثم البلوغ مع الجنون لا يملكها رأيها في باب المال، ولا يملك الرجل رأيه مع الجنون، فكذلك الثيوبة مع الجنون، ولأنّا جعلنا حكم علتنا أن لا ينفذ بدون رأيها فيقتضي حجراً بسبب رأيها، ولا رأي للمجنونة فلا يلزم.

فأمّا الثيب من النساء فلا تتصور ثيّبا[٤] إلا بعدما تعقل إذا لم يكن بها آفة، لأنها لا تبلغ بحيث تحتمل الجماع عادة إلا إذا صارت بحيث تعقل، ولأنها وإن لم تعقل فهي معتبرة بالعاقلة حكماً لأن مآلها علىٰ عادة الجبلة إلىٰ العقل إلىٰ وقت معلوم، بخلاف المجنونة فما لها من حيث الجبلة مآل إلىٰ العقل لا محالة. ألا ترىٰ أن المجنونة لا يجوز إعتاقها عن الكفارة ويجوز إعتاق الصغيرة التي لم تعقل واعتبرت بالعاقلة، والفرق بينهما مفاقهة أنّ نكاح[٥] المرأة ما اعتبر مصلحة إلا لقضاء الشهوة علىٰ ما مرّ، وهي ما دامت صغيرة لا تشتهي، وعلىٰ العادات تعقل إذا اشتهت واحتاجت فكان تعليق الجواز برأيها وإن تأخر قليلاً أولىٰ من الافتيات عليها، لأنّه تأخير لحقّ الجماع وفي الافتيات إبطال لحقّها في الرأي أصلا، فكان التأخير أهون علىٰ أنّه تأخير في غير وقت الحاجة فكان دفع[٦]

---

[١] «ن» (البنت).

[٢] «ص» (قائمة مقام).

[٣] في حاشية «س» (أي: لايسبق)، وفي حاشية «أ» (لا يعتاب).

[٤] «ن» (بنتا).

[٥] «ن»، «ص»، وحاشية «أ» (إنكاح).

[٦] «ص» (وقت).

مضرّة لا غير.

فأمّا البالغة المجنونة فمحتاجة إلىٰ قضاء الشهوة فيصير التأخير إلىٰ رأيها ـ ولا وقت لرأيها ـ إبطالا لحقها في الجماع مع قيام الشهوة، فكان إبطال حقها في الرأي أهون من هذا، وهذا كما قلتم في امرأةٍ للصغير إذا أسلمت ولا أب للصغير أنه لا يفرق بينهما إلىٰ أن يعقل الصبي فيعرض عليه الإسلام، لأن تعليق الفراق بالعرض حق الزوج والتفريق حق المرأة.

فلو اعتبر حق المرأة معجلاً لبطل حق الرجل، ولو اعتبر حقّ الرجل لتأخّر حق المرأة إلىٰ وقت معلوم فكان التأخير أهون، وبمثله[١] لو كان الرجل مجنوناً بالغاً فرق بينهما للحال، لأنّ في انتظار حال الرجل في العرض إبطالا لحقّ المرأة إذ ليس للمجنون وقت معلوم للعقل عادة فيرجح[٢] حقّ المرأة، فهذه حقوق ثبتت علىٰ اعتبار إثبات أقلّها ضرراً[٣] علىٰ ما عليه مبنىٰ الإسلام عند تعارض المضار.

واحتج بالأخبار:

منها: قوله ﷺ: «وَالثَّيِّبُ[٤] تُشَاوَرُ»(٥)، ولم يفصل.

[١] «ص» (ومثله).

[٢] «ن» (فترجح)، «ص» (فرجح).

[٣] «ص» (صورا).

[٤] «ن» (والبنت).

(٥) رواه أحمد في مسنده (١٥٠٧/٣، برقم ٧٢٥٢)، وسعيد بن منصور في سننه (١٨١/٦، برقم ٥٥٤) من حديث أبي هريرة.

ولا معنىٰ لقولكم: إن الصغيرة لا تشاور لأنّ النبي ﷺ بعث لبيان الأحكام دون الإخبار عن مباشرات الناس، فيكون هذا من رسول الله بيان أنّ الشورىٰ تصير حقاً لها ولا يفتات عليها بدون رأيها، وأن يصير الرأي حقًّا لها حتىٰ لا يفتات عليها لا يقتضي ملكها التصرف برأيها[١] كما تملك أصل المال ولا تملك التصرّف به.

واحتج أيضاً بقوله ﷺ: «الأيم أحقّ بنفسها من وليها»(٢)، والأيم: اسم للثيب[٣].

قال محمد بن الحسن ﷺ: فيمن أوصىٰ لأيامىٰ بني فلان: إنّ الأبكار لا يدخلن تحت الوصية، وقال ﷺ: «والثيب يعرب عنها لسانها»(٤)، ودلت هذه الأسماء في النّص أن الحكم متعلّق بما ذكرنا من العلة، وهي الثيوبة، لأنّ الأصل أن الشرع متىٰ علق الحكم باسم مشتق من وصف كان موضع الاشتقاق علةً له، كالقطع علىٰ السّارق، والجلد علىٰ الزاني والقاذف، والله أعلم.

---

[١] في حاشية «أ» (في أنها).

(٢) رواه مسلم (١٤٤١) من حديث ابن عباس.

[٣] «ن»، وحاشية «أ» (للبنت).

(٤) رواه ابن ماجه (١٨٧٢) بلفظ: «الثَّيِّبُ تُعْرِبُ عَنْ نَفْسِهَا» من طريق الليث بن سعد قال: حدثني عبد الله بن عبد الرحمن بن أبي حسين المكي، عن عدي بن عدي، به، وقال البوصيري: رجال إسناده ثقات، إلّا أنّه منقطع، فإن عديًّا لم يسمع من أبيه عديّ بن عميرة، يدخل بينهما العرس بن عميرة. قاله أبو حاتم وغيره، ورواه أحمد في مسنده (برقم ١٧٩٩٩، ١٨٠٠١)، والبيهقي في سننه الكبير (١٢٣/٧ برقم ١٣٨١٩)، والطحاوي في شرح مشكل الآثار (٤٣٩/١٤ برقم ٥٧٤٣)، والطبراني في الكبير (١٠٨/١٧ برقم ٢٦٤) من طريق الليث به، والحديث له شواهد صحيحة.

|٥٥٤| مسألةٌ: قال: ومنها أنّ الأب يزوج ابنته البكر البالغة بكره منها لأن هذه الأخبار التي رويناها تدل على نفي ذلك الحكم عند عدم تلك الصفات، كأنه قال: وغير الأيم لا تكون أحقّ ولا تملك رأيها لأن قوله: «والثيب» معناه: والمرأة الثيب، والأصل أن الحكم متى علق في الشرع باسم علم وصفة صارت الصفة للحكم بمنزلة الشرط، فيقتضي وجوداً عند وجوده وعدما عند عدمه، على ما عرف في أصول الفقه.

والفقه فيها[١]: أنّ المرأة بكر فيملك الأب الافتيات عليها قياساً على الصغيرة، لما مرّ أنّ الصغر في باب نكاح النساء لا تأثير له في تمليك الولاية جبراً، وإذا لغى ساوت الصغيرة الكبيرة، ولما ذكرنا أنّ البكارة في هذا الباب قائمة مقام الصغر في تمليك الولاية كرها فصار قولنا بكرٌ في هذا الباب كقولنا صغيرة في باب المال، ولا يُلزِم غير الأب لأنّا عللنا لنفاذ تصرف الولي بلا رأي المرأة بعلة البكارة لا لتعيين[٢] الولي، وغير الأب والجد لا ولاية لهم في إنكاح الصغار والصغائر جبراً[٣] عندنا.

والذي دلّ على صحة اعتلالنا: أنهم قالوا جميعاً إن الأب يملك قبض صداق البكر البالغة بلا استئمارها لأنه من حقوق النّكاح فألحقت بالصغيرة لحيائها وقلّة تأملها في ذلك الباب، ففي النّكاح أولى بأن تلحق بالصغيرة، والله أعلم.

---

[١] «ن» (في المسألة).

[٢] «ص» (لنفس).

[٣] «ص» (حرام).

|٥٥٥| **مسألةٌ**: ومنها: أن المرأة لا تملك تزويج نفسها ولا قرابتها وهو قول محمد وأبي يوسف الأول، إلا أنهما قالا: تملك العقد بإذن الولي.

وعند الشافعي(١) لا تملك(٢) لأنها أنثىٰ، فتكون مولياً عليها في النكاح قياساً علىٰ الصغيرة، وهذا لما مرّ أن هذه الولاية عليهن لم تثبت بالصغر بل بالأنوثة حتىٰ بقيت بعد الكبر[٣] بالإجماع علىٰ أن الولي إذا زوج البكر كان سكوتها رضا وغيره[٤] إذا زوج لم ينفذ إلا بالرضا باللّسان، وكذلك المرأة منهية عن المباشرة بالإجماع مأمورة بالطلب من الولي، وإذا طلبت لزم الولي الإجابة ولو لم يكن وليها شرعاً، لما لزمه بطلبها إيفاء مباشرة العقد كما في مالها، وإذا رفع إلىٰ القاضي أحضر الوليَّ وأمره بالعقد، فإن لم يفعل ألزمه حكم العضل[٥] وناب عنه في الإيفاء كما لو ادّعت عليه إيفاء دين ثبت لها عند القاضي فهذه جملة لا خلاف فيها، وإذا كانت كذلك صارت صفة الأنوثة في هذا الباب كالصِّغر في باب المال فصح التعليل بها ولغت المباشرة منها علىٰ أصل الشافعي، وتوقف علىٰ إجازة الولي علىٰ أصل محمد كصغيرة عاقلة تصرفت في مالها.

ولأن الولاية متىٰ ثبتت لصاحبها بالبلوغ لم تبق للولي كما في المال وفي جانب الذكر، وإذا بقيت الولاية للولي لم تثبت للمولىٰ عليه كما إذا بلغت مجنونة دل عليه أنّ ولاية الاختيار[٦] لما لم تبق للولي كانت ثابتة لها.

---

(١) «الأم» (٥/١٣١)، و«الحاوي الكبير» (٩/٦٩).

(٢) «الأم» (٥/٢٠)، و«المختصر» للمزني (٨/٢٦٤)، و«الحاوي الكبير» (٩/٣٨).

[٣] «أ» (البكر).

[٤] «أ» (وغير الولي).

[٥] في حاشية «س» (العضل: المنع).

[٦] «أ» (الإجبار).

ودلّ عليه: أن الشرع لم يجوز النّكاح إلا[1] بشهود صيانة للنّكاح عن خلل التجاحد وبيانا لعظم خطره، فلأن لا يجوز إلا بولي صيانة للنكاح عن خلل يقع بالاختيار عن مخادنة شهوانية من النّساء أولىٰ.

فالخلل بهذا السبب فوق خلل التجاحد، وإنّه لا يرتفع إلا بالولي من جهة الرجال فلا يتصور منهم الاختيار بسبب المخادنة، وإنما يكون من قبل تمييز عقلي، فالشرع أثبت ولاية المباشرة للأولياء كما في الصغر صيانة عن هذا الفساد، وأثبت لهن ولاية الاختيار بالبلوغ عن رأي لما حدث لهن من رأي إقامة مصالحهن كما في المال وراء ما توهم من الفساد بسبب المخادنة والمعاشقة وأنه يرتفع بنقل ولاية المباشرة إلىٰ الأولياء.

فانتهىٰ تمام الاحتياط لباب النّكاح لتحصيل أغراضه إلىٰ[2] ما قلناه، بخلاف نكاح الرجل فإن الطلاق في يده إن نكح عن مخادنة، ولأن النساء بهن قصور رأي وسرعة اغترار دون الرجال.

[3] ثمّ المرأة إذا أعتقت أمة ملكت تزويجها عند محمد، وعند الشافعي لا تملك، فأمّا التزويج بولاية النسب فلا يثبت للمرأة علىٰ قول محمد والشافعي جميعاً.

أما الشافعي فإنّه[4] يقول: هي مولىٰ عليها نكاحاً بالأنوثة فلا تملك الإنكاح

---

[1] «ص» (بغير).

[2] «ص» (علىٰ).

[3] في حاشية «أ» (مسألة).

[4] «ن» (فلأنّه).

من طريق الأَوْلىٰ، كما في المال إذا صار مولياً عليه بالصغر لا يملك الولاية علىٰ صغير آخر بحال، وكذلك المجنون لا يلي أمر ولده، بل يقال: إن إنكاح عتيقها من حقوقها فيثبت للولي عليها كما في إنكاح[١] نفسها، وكذلك إنكاح أمتها قبل العتق دل عليه أنها صارت مولياً عليها في نكاحها.

وإنكاح قرابتها لنقصان رأيها وعظم خطر النّكاح وأنه قائم في إنكاح أمتها، وأمّا محمد فيقول: الولاية عليها ما ثبتت لنقصان الرأي كما لم تثبت في المال ولا في اختيار الأزواج بل للفساد الذي يتوهم من جانب الاغترار بالرجال بفرط الشبق[٢] وطبيعة المخادنة وأنّه[٣] لا يتصور بغيرهن إنما يتصور بأنفسهن، غير أنهن لم يملكن تزويج قراباتهن لأن الولي إنما يتعين للولاية مع كمال الرأي بالعصوبة حتىٰ لم يثبت للخال والرجال الأقارب من جانب الأم، ولا عصوبة للمرأة علىٰ أصل محمد بالقرابة، والعصوبة ثابتة بالولاء، وأمّا في إنكاح الأمة فبالملك وملكها مثل ملك الرجل، ولهذا لم تملك الطلاق لأنها تباشره من طريق القصد بالهوىٰ والمخادنة.

وأمّا الكلام من طريق النصوص: فقول الله تعالىٰ: ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَٰجَهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٢]. أي: لا تمنعوهن النّكاح، وإنما ينهىٰ الرجل عن المنع إذا كان الممنوع في يده، فدلّ أنّ نكاحها في يد الولي، فأما إذا كان في[٤] يدها فلا يتصور المنع حقيقة.

---

[١] «أ» (نكاح).

[٢] «ن»، وحاشية «أ» (العشق).

[٣] «ص» (ولأنه).

[٤] «ن» (من).

وقال ﷺ في حديث مشهور: «لا نكاح إلا بولي»(١)، وحقيقة «لا» لنفي الأصل[٢]. وقال ﷺ: «لا يُزَوِّجِ النِّساءَ إلا الأولياءُ، ولا يُزَوَّجْنَ إلا من الأكفاء ولا مهر أقل من عشرة»(٣).

وعن أبي هريرة عن النبي ﷺ: «لا تُنكح المرأةُ المرأةَ، ولا تُنكح المرأةُ نفسَها، فإن الزانية هي التي تُنكح نفسها»(٤).

وعن ابن عباس رضي الله عنهما موقوفاً عليه ومرفوعاً إلىٰ رسول الله ﷺ: «كلّ نكاح لم يحضره أربعة فهو سفاح، خاطب وولي وشاهدا عدل»(٥).

وعن عائشة رضي الله عنها عن النبي ﷺ: «أيمَا امرأةٍ نكحتْ بغير إذْنِ وليّها فنِكاحَهَا باطِلٌ، باطلٌ، باطلٌ، فإن دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها»(٦).

---

(١) رواه أبو داود (٢٠٨٥) والترمذي (١١٠١)، وابن ماجه (١٨٨٠)، وأحمد (٢٢٦٠)، والبيهقي في سننه الكبير (١٣٣٥٩)، والدارقطني (٣٥١٤)، والبزار (١٧٧/١٨برقم ١٥٤) عن ابن عباس وعائشة وأبي هريرة وابن عمر وغيرهم رضي الله عنهم.

[٢] «ص» (وحقيقة النفي الأصل).

(٣) رواه سعيد بن منصور (٥٣٧) والبيهقي (١٣٨٧٥) والدارقطني (٣٧٨٥) وعبد الرزاق (١٠٣٢٢، ١٠٣٢٤، ١٠٣٣١) وابن أبي شيبة (١٧٩٩٨) من حديث عمر ابن الخطاب رضي الله عنه.

(٤) رواه ابن ماجه (١٨٨٢) والبيهقي في سننه الكبير (١٣٧٤٩، ١٣٧٥٠)، والدّارقطني (٣٥٣٥) وصححه.

(٥) لم أقف عليه.

(٦) رواه أبو داود (٢٠٨٣)، والترمذي (١١٠٢) وقال: هذا حديث حسن، والنسائي ـ الكبرىٰ ـ (٥٣٧٣)، وابن ماجه (١٨٧٩)، وأحمد (٢٢٩٧، ٢٤٨٤٢، ٢٥٠١٠، ٢٥٩٦٣، ٢٦٨٧٦)، وابن حبان (٤٠٧٤)، والدارقطني (٣٥٣٤، ٣٥٣٣، ٣٥٢٠)، والبيهقي (١٣٧٣٠) من طريق ابن جريج عن سليمان بن موسىٰ عن الزهري عن عروة عن عائشة، فذكره، وصححه أبو عوانة وابن خزيمة.

وعن عمر رضي الله عنه: «أيما امرأة نكحت بغير بينة أو بغير وليّ فاضربوها الحدّ»(١)، وعن عليٍّ رضي الله عنه: «أيمّا امرأة نكحت بغير ولي فنكاحها باطل»(٢).

|٥٥٦| مسألةٌ: ويقرب من هذا ما قاله الشافعي: أن ليس لغير الأب والجدّ من الأولياء ولاية إنكاح الصغير والصغيرة(٣)، لأن الأخ لا يستحق ولاية التجارة في مال اليتيم بقرابته حال صغره، فكذلك لا يستحق ولاية النّكاح بل أولى لما ذكرنا أنّ الصغير محتاج بحاله[٤] إلى المال دون النّكاح، ولأن النّكاح أعظم خطراً منه.

وقياساً على الأجانب وعلى عكسه الأب، وهذا لما ذكرنا أن الولاية نقلت[٥] إلى الولي نظراً للصغر[٦]، والنظر لا يحصل إلا بحسن النظر والتأمل من الولي وذلك لا يكون بقرابة[٧] الأخوة؛ لأن العادة جرت[٨] بين الناس أن الأخ يؤثر نفسه على أخيه والآباء يؤثرون حقوق[٩] أولادهم الصغار على أنفسهم، ولا يلزمنا قولنا: إنّ الأخ وليها بعد الكبر لأنّا عللنا لنفي ولاية تنتقل

(١) رواه سعيد بن منصور (٧١٢)، والبيهقي في سننه الكبير (١٣٨٤٨)، وابن أبي شيبة في مصنفه (١٦١٩٥).

(٢) تقدم قريبا مرفوعا.

(٣) «الأم» (٥/١٧)، و«الحاوي الكبير» (٩/١٣١).

[٤] «ص» (يحتاج حاله).

[٥] «ص» (أنّ الولاية إنما تعدّت).

[٦] «ن» (الصغير).

[٧] «ص» (إلا بقرابة).

[٨] «أ» (فيما).

[٩] «أ» (حظوظ).

إلىٰ الولي بسبب الصغر، والولاية بعد الكبر منتقلة[١] بسبب الأنوثة وأنها باب آخر لما ذكرنا أنّها بعد الكبر تحتاج إلىٰ الجماع وهي محجورة بنفسها فللضّرورة أُثبتت لقاصرِ الشفقة وأنه معدوم حال الصغر، وهذا كما أثبتنا علىٰ الثيب[٢] المجنونة البالغة للأب ولاية الإنكاح ولم نثبت علىٰ الصغيرة لعدم الحاجة ولأنّا حجرنا الولي لتهمة الخيانة[٣]، وأنه[٤] يزول بالكبر لأنّه لا ينكح إلا بأمرها.

ولأنّ هذا النّكاح لا يلزم من غير عيب ولا فوت غرض فدلّ علىٰ أن الفساد من الأصل، فعَدَم اللّزوم إنما يكون بهما.

أو نقول: إنّها يتيمة فلا تنكح دون رأيها قياساً علىٰ البالغة، وتأثيره ما ذكرنا، فإنّ صفة اليتم دليل علىٰ أن وليها غير الأب والجد، وبهم قصور شفقة وتهمة خيانة[٥] فلا يتم النظر إلا بضم رأيها إلىٰ رأي الولي، ولا يكون ذلك إلا بعد البلوغ، ولا يلزم المجنونة البالغة لما ذكرنا في الثّيّب[٦]، ولأنّا بينا أنْ لا تأثير للصغر من جانب[٧] النساء في إثبات الولاية عليهن نكاحاً، فإنّ الصغيرة والبالغة سواء فيه إلا أنّ[٨] هذا التعليل يخصّ النساء، ولا يقال البالغة لا تسمىٰ يتيمة لأنّ الاسم لغة لا يتبدل بساعة تحتلم فيها أو تتمّ بها خمسة عشر سنة، والاسم مأخوذ لغة لا شرعًا.

---

[١] «أ» (متعلقة).

[٢] في حاشية «أ» (البنت).

[٣] «ن»، «ص»، «أ» (الجناية).

[٤] «أ» (وأنّها).

[٥] «ص» (الجناية).

[٦] «ص»، وحاشية «أ» (البيت).

[٧] «ص» (في حال).

[٨] في حاشية «أ» (لأنّ).

ودلّ عليه النصوص، منها: ما روي عن النبيّ ﷺ: **«لا تنكح اليتيمة حتىٰ تُستأمر»**(١)، فثبت أنه حرام إلىٰ حين الاستئمار وهو بعد البلوغ.

ولا معنىٰ لقولكم: «لا تستأمر[٢]»، لأن اليتيمة اسم مشتق من اليتم، فيصير موضع الاشتقاق علّة كما قال في الثيب[٣]، والعلة المانعة عندكم البلوغ عن عقل، ولأنّ النبيّ ﷺ جعل التحريم أصلاً في إنكاح اليتيمة، والإباحة بعلة عارضة، وعندكم الإباحة أصل والتّحريم بعارض من البلوغ.

وعن قدامة بن مظعون أنّه زوج بنت أخيه عثمان بن مظعون وهي صغيرة، فبلغ[٤] رسول الله فردّه، فقال قدامة: أنا وليها وعمّها، فقال ﷺ: **«إنها يتيمة وإنها لا تنكح حتىٰ تُستأمر»**(٥)، فهذا نص لا تأويل له.

وأمّا القاضي إذا زوّج اليتيمة فلا نصّ عن الشافعيّ، ويحتمل أنْ لا يجوز لأنه حجَرَ[٦] الأخَ عن الولاية، لأنه قاصر الشفقة بمكان اليتم طبعاً، وبحقّ الدين لا تكون الشفقة إلا من المتقين بعد تكلّف وإنه نادر، والقاضي بمنزلته في هذا

---

(١) رواه سعيد بن منصور (٥٥٧، ٥٥٨)، وعبد الرزاق (١٠٢٩٨) وابن أبي شيبة (١٦٢٣٤، ١٦٢٣٥، ١٦٢٣٦) من حديث عمر بن الخطاب رضي الله عنه.

[٢] «ن»، وحاشية «أ» (لا تنكح بدون أن تستأمر).

[٣] «ن»، وحاشية «أ» (البنت).

[٤] «أ»، «ن» (فبلغ ذلك).

(٥) رواه أحمد (٦٢٤٥)، والدارقطني (٣٥٤٥، ٣٥٤٦، ٣٥٤٧، ٣٥٤٨، ٣٥٤٩، ٣٥٥٠، ٣٥٧٠)، والبيهقي (١٣٧٧٣، ١٣٨٠٨، ١٣٨٠٦) من طريق ابن إسحاق: حدثني عمر بن حسين بن عبد الله مولىٰ آل حاطب عن نافع مولىٰ عبد الله بن عمر عن عبد الله بن عمر، وقال الهيثمي: ورجاله ثقات. مجمع الزوائد (٤/٢٨٤).

[٦] «ص» (حجب).

الباب بل أولىٰ لأنّه أبعد من الأخ ولا وصلة له إلا بالدين.

ألا ترىٰ أنه جعل للأب تزويج البكر البالغة كرها لتمام نظره ولم يجعل للقاضي ذلك كما لم يجعل للأخ، ومن أصحابهم من سلّم وقال: يجوز إنكاح القاضي اليتيم واليتيمة كما يثبت له ولاية التصرف في المال من غير تولية، والأول أصوب علىٰ أصله، لأنه مع قصور الشفقة ثبتت الولاية عند تحقق الحاجة كما أثبت للأخ ولاية إنكاح اليتيمة البالغة المجنونة، والحاجة متحقّقة إلىٰ المال حال الصّغر.

فهذا جملة ما تعلق به الخصم وإنه واضح، والله أعلم.

ولعلمائنا رحمهم الله في أنّ النّكاح من المصالح من الجانبين علىٰ السواء بل المصلحة للنساء أوفر: أنّ[١] النّكاح عقد ازدواج شرعاً وطبعاً لا اختصاص بهذا الاسم لأحدهما دون الآخر، فهما زوجان كزوجي نعل أو خف أو مصراعي باب، وإذا لم يكن لأحدهما علىٰ الآخر مزية بالاسم وحكمه مجتلباً[٢] منه علم أنهما سواء في الحكم الأصلي المطلوب منه، ولأنّا إن نظرنا إلىٰ الغرض المطلوب طبعاً من اقتضاء شهوة الفرج فهما سواء بل حظ المرأة أوفر، لأن الرجل قد يقضي شهوته بملك اليمين وبامرأة أخرىٰ، والمرأة لا تنال إلا بهذا الرجل الذي تعين زوجاً لها، وإنْ نظرنا إلىٰ الحكمة الشرعية من التناسل فهما سواء في النسل لا يخلق إلا من مائهما، ولا بقاء لهما معنًىٰ إلا بنسلهما، بل[٣] جانب النساء

---

[١] في حاشية «أ» (فإن).

[٢] في حاشية «أ» (مختلف).

[٣] في حاشية «أ» (لا بل).

أوفر لأنها تتحقق بأن الولد منها والرجل لا يتحقق له ذلك ، وإن نظرنا إلىٰ مصالح المعيشة فهما سواء عرفاً وشرعاً ، مصالح الداخل علىٰ المرأة ومصالح الخارج علىٰ الرجل ، ونصيبها منه أوفر لأنّ مصالح الخارج أكثر وأشدّ إقامة .

وإن نظرنا إلىٰ الحقّ الثابت شرعاً في الجماع والنسل فلكل حق ، فإنّ الرجل لا يملك العزل وتضيع النسل إلا برضاها ، وهي تستحقّ [عليه][١] الإمساك بالمعروف وهو أن يوفيها حقّها في الجماع والنفقة ، ويأثم الرجل بالمنع بلا عذر ، وإذا منعها أصلاً فرق بينهما ، وإذا ضارها بالإيلاء وقعت الفرقة بترك الفيء في المدّة أو استحقت الفراق ، ثم الرجل يلزمه المهر والنفقة والسكنىٰ دون المرأة ، فيصير النظر لها من جهة المال أتمّ .

فأما الجواب عن فصل الملك : فإنه إنما يثبت[٢] شرعاً لمصلحة النسل حتىٰ تصير محجورة بوقوع[٣] الملك عليها عن نكاح آخر ، فيصير الماء مصوناً بأبلغ ما يكون من الحجر الشرعي والمانع الحكمي حتىٰ لا تلد عن زنية فيضيع الولد بعدم من يربىٰ وينفق ، ولما كان اللزوم لمصلحة عائدة إليها انتفي عنه معنىٰ الضرر ، كما لا يعتبر الختان ضرراً بالصبيان لما يعود إليهم من فائدة الطهر ، ولا إتلاف المال بالأكل ضرراً لما يؤدي إلىٰ مصلحة البقاء وردّ الجوع .

وكذلك بما عليهن من الملك يصرن محتبسات محفوظات ، وهذه صفة يمتدح بها النساء غاية ويُرغب فيهنّ بها ، وكذلك يستحققن النفقة بذلك الاحتباس بسبب الملك علىٰ ما بيّنا في موضعه صلة ، فلا يحتجن إلىٰ الكسب

---

[١] ما بين [ ] ليس في «س» والمثبت من «أ» ، «ن» ، «ص» .

[٢] «ن» (ثبت) .

[٣] «ص» (برجوع) .

والتبذل ، معها أنّ الشرع جعل المهر عوضاً مساوياً لهذا الملك فيزول معنىٰ الضرر بعوضه المساوي[١] شرعاً ، كمن قتل خطأ يخرج عن خصومة المقتول بإيصال العوض إلىٰ الولي وإن كان مالاً والأول نفساً لأن الشرع عدل بينهما.

وكذلك إذا زفت إليه غير امرأته فوطئها خرج عن خصومتها بإيفاء المهر وإن كان مالاً ، والمستوفىٰ ليس بمال بل المستوفىٰ بالوطء ما يملك بالنّكاح ويقابله المهر.

وأمّا الاستدلال بالوطء فساقط العبرة أيضا لأنّه طريق اقتضاء شهوتها لا طريق إلا ذلك ، ولما كان طريق اقتضاء شهوة النفس رأس ما ترغب فيه النّفوس لم يكن طريقه الأصلي من الاستذلال عند النفوس ، وإنّما الشرع اعتبره ذلاً[٢] من الكافر كرامة للإسلام.

والكلام لبيان الوضع لا لما يخص بعارض حال بخلاف إجارة النفس فإنها ليست من المصالح وضعاً ؛ لأن المطلوب بها المال وأنه ينال بأسباب أخرلا يهون بها نفسه أظهرها التجارة ثم الزراعة والاحتراث لنفسه[٣] لا يصار إلىٰ إجارة النفس إلا عند الضرورة لما يلزم من تسليم نفسه كأنه عبده ، فلما لم تتعين الإجارة طريقاً لاقتضاء شهوة المال لم يرتفع عنه معنىٰ ما فيه من الكراهة الحسية بسبب اقتضاء الشهوة بخلاف الاستفراش للوطء.

ألا ترىٰ أنّ المرأة بنفس الاستفراش والمماسة والإيلاجة تقضي شهوتها

---

[١] «ص» (المتساوي).

[٢] كذا في جميع النسخ ، وضرب عليها النّاسخ في «س» وصحّحها في الهامش (ولا).

[٣] «أ» (الاحتراف بنفسه) ، وفي حاشية «أ» (الاحتراق).

فصارا شيئاً[١] واحداً معنىً، وكان قولك: وُطئت عبارة عن قولك: اقتضت شهوتها والأجير بالعمل[٢] لا يقضي شهوة، وإنما يقضي من الأجر الذي يقابل[٣] عمله بفعل آخر يحدثه من أكل أو شرب، فلم يكن العمل اقتضاء شهوة ولا اقتضاء الشهوة عملاً بحق الإجارة، فيبقىٰ للعمل حكم نفسه وهو مكروه وكدّ، فلا يكون من المصالح إلا من حيث أنه رياضة وتأديب، فيكون باباً آخر غير باب ولاية التجارة التي هي لمصلحة المال.

❁ فإن قيل: به يحصل المال.

❁ قلنا: المال بإزاء المنافع كما في إجارة الدّار، ولكن لا يمكنه إلا بتسليم نفسه فما يلزم النفس من التسليم لا يقابله مال ليكون من مصالح المال.

وإذا ثبت هذا الأصل وبالإجماع ثبت للولي ولاية إنكاح الذكر جبراً بالصغر فكذلك الأنثىٰ.

وقياساً علىٰ ولاية التجارة في مال الصغير فإنّه يثبت بالصغر ولا يزول ولاية إنكاح الذكر برأي يحدث له في الباب بالعقل والتجربة ولا في المال، فكذلك لا يزول من جانب الإناث ولا يبقىٰ ولاية الجبر في المال بعد البلوغ عن عقل، فكذلك إنكاح الأنثىٰ[٤] قياساً[٥] علىٰ غير الأب.

---

[١] «ص» (سببا).

[٢] «ن» (لعمل).

[٣] في حاشية «أ» (يدل).

[٤] «س» (الأخرىٰ) والمثبت من «أ»، «ن»، «ص».

[٥] «س» (وقياسا).

دلّ عليه: أن أصل الرأي إنما يكون بالعقل ثم الشرع أسقط اعتباره في حقّ إثبات الولايات الشرعية ما لم يبلغ فدلّ علىٰ إسقاط ما يثبت بالثيوبة من طريق الأولىٰ[١]، وكذلك الجهل بسبب البكارة جهل بسبب عدم[٢] الخبرة، والشرع أسقط اعتبار هذا الجهل [كما في المال][٣] فإنّ الإنسان يبلغ غير مهتدٍ إلىٰ تصرفٍ في ماله ولا يبقىٰ للولي ولاية.

وكذلك البكر التي لا أبا لها لا تهتدي كالتي لها أب، والأمر في باب النكاح ثابت لها، وكذلك البكر إذا طلبت من الأب الإنكاح من كفؤ أجبر الأب عليه كالأخ، ولو بقيت علىٰ حكم الصغر لم يلتفت إلىٰ طلبها، فلما اعتبر علم أن الأمر صار إليها وأن ردها معتبر وأن الجهل ساقط العبرة بعد حد الشرع، كالعقل[٤] سقط اعتباره قبل حدّ الشرع ليكون الأمر أيسر علىٰ الناس إذا افترقت الأحكام بالحدّ الشرعي دون اعتبار المعاني[٥] الباطنة بعد السبب الظاهر.

ولا يلزم الكبيرة المجنونة فإنها[٦] مولي عليها لأنّا عللنا لإلحاق الأنثىٰ بالذكر والنّكاح بالمال وهما سواء مع الجنون.

ولا يلزم المكاتبة [الصغيرة][٧] فإنها لا تنكح لأنّ الذكر مثلها ومالها كذلك

[١] «ص» (الأذىٰ).
[٢] «ن» (جهل بعدم).
[٣] ما بين [ ] ليس في «س» والمثبت من «أ»، «ن»، «ص».
[٤] «ن» (كالفعل).
[٥] «س»، «أ» (المعنىٰ).
[٦] «س»، «أ» (فإنّه).
[٧] ما بين [ ] ليس في «س» والمثبت من «أ»، «ن»، «ص».

لا يتصرف فيه الولي.

ولأنّا عللنا الولاية: هي حقّ الصغير ونكاح المكاتبة ليس بحق لها، فإنّها وإن كبرت وطلبت لم يجبر المولى على الإيفاء ولأنّ الطلب إنما اعتبر لأنها طلبت عن علم ورأي صحيح فيما لها في النّكاح من أغراض، فكذلك إذا ردت لأنها كما تعرف الرغبة تعرف الكراهة على السّواء.

ولهذا قال إبراهيم النخعي: «تستأمر البكر فلعل بها داء لا يعرفه غيرها»(١).

إلا أنّا لم نعتبر قولها صغيرة بحجر شرعي[٢] عن اعتبار أقوالها بالصغر كما في المال ونكاح الذكر، وهذا الحجر لم يثبت بالبكارة ومن ادّعى فعليه الدليل ولأنّها لا تشير إلا إلى جهل بحال التصرّف، وقد ذكرنا أنّه ساقط العبرة كما في التّجارة وكما في الطّلب.

فأما الجواب عن قوله: «والثيب[٣] تُشاور»، أنّ الخبر لا يتناول إلا الكبيرة على الحقيقة لأنّه إخبار عن مشاورتها ولا تشاور الصغيرة بالإجماع[٤].

وهذا لأنّ الأصل أنّ التصرف على الغير لا يجوز إلا برأيه وإذنه، ثم خص الشرع البكر[٥] بأن جعل سكوتها رضا بعلّة. وبقيت الثيب على الأصل بأن لا يجوز عليها إلا بمشورتها ورأيها.

---

(١) «الحجة على أهل المدينة» (١٣٤/٣).

[٢] «ص» (بحجة شرعية).

[٣] «ن»، «ص»، وحاشية «أ» (والبنت).

[٤] «س» (والإجماع).

[٥] «ص» (والبنت).

ألا ترىٰ أن تمام الحديث في قوله: «البكر تستأمر في نفسها وإذنها سكوتها والثيب تشاور»(١)، ونحن علّقنا الحكمين بالاسمين جميعاً في الأصل لكنّا خصصنا منه حال الصغر بالشرع وبالإجماع فإنها لا تشاور بالإجماع وبالقياس علىٰ المال، وبيّنا أنّ الصغر ينقل مالها من الرأي إلىٰ الولي كما نقل[٢] أصل التصرف عن رأي المالك في المال إلىٰ الولي بالصغر.

وكذلك في إنكاح الذكر فما لها من الرأي دون التصرّف أولىٰ بعدما[٣] ثبت أن جنس[٤] التصرف واحد في باب المصلحة، وكذلك قوله: «الأيمّ أحقّ بنفسها من وليها»(٥) لا يتناول البالغة[٦] لأنّ (أحقّ) لتغليب أحد الحقين علىٰ الآخر ولن يجتمعا إلا بعد البلوغ، ولأنّ الصغر ينقل ما لها من الحقّ في مصالحها إلىٰ الولي علىٰ ما بيّنا فلا يبقىٰ أحقّ[٧] مع الانتقال، والله أعلم.

والجواب عن قوله: «إن الولاية علىٰ نكاح النساء تثبت بالأنوثة لا بالصغر»، فمسلم في أصل الولاية أنها بالأنوثة مع أمرهن بخلاف الذكور، وإنما الكلام في قدر ما لهن من حقّ الإذن هل يثبت للولي بالصغر أم لا؟ فقلنا إنّه يثبت قياساً علىٰ الذكر. فالنّكاح والأمر كلّه حقه بعد الكبر وانتقل إلىٰ الولي بالصغر، فهذا الذي هو بعضه أولىٰ لا عبرة للبكارة ولا للثيوبة علىٰ ما مرّ.

---

(١) سبق تخريجه.

[٢] «س» (نقص) والمثبت من «أ»، «ص».

[٣] «أ» (بعدم ما).

[٤] «ص» (حسن).

(٥) سبق تخريجه.

[٦] «ن»، «أ» (إلا البالغة).

[٧] «س»، «أ» (الحقّ)، «ص» (حقّ).

وأمّا الأجوبة عن نصوص مسألة البكر البالغة: أنّه لا نصّ لهم فيها فإن التخصيص بوصف عندنا لا يدل على تغيير الحكم فيما عداه، وإن دل فيدل على الحكم بعينه وهو أن نكاح الثيب لا يجوز بدون نطقها فالمشورة بالنطق، ونكاح البكر يجوز بالسكوت، وعن المعنى ما قد مر.

وعن الاستدلال بقبض الصداق أنّ الأب لا يملك القبض مع نهيها كأصل النّكاح، ولكنّا نجعل سكوتها رضا بدلالة الحال وهي أن الآباء يجهزون الأبكار بمالهم، فلا يتوهم منع صداقها، وتكون هي راضية بصنيع الأب بدلالة العادة، بخلاف غير الأب وبخلاف الثيب[١]، فما للآباء عادة التجهيز بالإحسان مرات[٢]، فيصير الأب[٣] في المرة الثانية كالأخ في المرة الأولى.

ولنا: نصوص في مسألة البكر البالغة منها: ما روى عن النبي ﷺ أنّه قال: «تسْتَأْمَرُ النِّسَاءُ فِي أَبْضَاعِهِنَّ، فقالت عائشة رضي الله عنها: إِنَّ الْبِكْرَ تَسْتَحْيِي يا رسول الله؟ فقال: سُكوتها رِضَاهَا»(٤). فالرسول ﷺ أثبت[٥] الاستئمار عاماً من غير تعليق بصفة الثيوبة ثم خص البكر من الثيب بدليل الرضا لا بالجواز كرها.

وروى محمد بن الحسن رحمه الله في الأصل عن النبي ﷺ: «تستأمر البكر في نفسها وإذنها صماتها، والثيب يعرب عنها لسانها»(٦)، فهذا خاص فيها لا يحتمل التأويل، ولم يقيد الحكم بالولي، فالتقييد بالولي لا يكون تأويلاً ولا يجوز

[١] «ن» (والبنت).
[٢] في حاشية «أ» (من أب).
[٣] «ص» (غير أنّ الأب).
(٤) رواه البخاري (٥١٣٧، ٦٩٤٦، ٦٩٧١)، ومسلم (١٤٢٠) من حديث عائشة رضي الله عنها.
[٥] «ص» (أطلق).
(٦) تقدم قريبا.

الحمل على الندب ، لأن الاستئمار واجب في غير الأب بهذا النّص ، وأنه حقيقة فبطل مجازه.

وعن أبي هريرة وأبي موسى الأشعري رضي الله عنهما عن النبي ﷺ أنّه سئل عمن زوج ابنته البكر البالغة فقال: «**إن سكتت فقد أذنت وإن سخطت فلا جواز عليها** ، في رواية «**فلا كره عليها**»(١).

وروى الحسن بن سفيان في مسنده ـ وإنّه حديث مشهور ـ: أن فتاة أتت رسول الله ﷺ فقالت: إنّ أبي زوّجني من ابن أخيه وأنا لذلك كارهة ، فقال ﷺ: «**أجيزي**[٢] **ما صنع أبوك**» ، وفي رواية: فخيرها رسول الله فقالت: أجزت ، ولكن[٣] أردت أن تعلم النساء أن ليس للآباء من أمور بناتهم شيء(٤). ولم ينكر عليها رسول الله ، فثبت أن الفتوى كما قالت: من غير تقييد بصفة الثيوبة ، فإنها في الفتوى لم تذكر وصفاً.

---

(١) رواه أحمد (١٩٥١٦) ، والحاكم (٢٧١٧) ، وابن أبي شيبة (١٦٢٤١) ، والدّارمي (٢٢٣١) ، والبزار (٨/١١٦ ، رقم ٣١١٨ ، ٣١٨٩) ، وأبو يعلى (٧٣٢٧) ، والطحاوي في شرح معاني الآثار (٧٣٣١) ، وفي شرح مشكل الآثار (٥٧٢٧) ، وابن حبان (٤٠٨٥) ، والدّارقطني (٣٥٨٦ ، ٣٥٨٧ ، ٣٥٨٨ ، ٣٥٨٩).

[٢] «ن» ، وحاشية «أ» (اختري).

[٣] في حاشية «أ» (اخترت لكني).

(٤) رواه النسائي ـ الكبرى ـ (٥٣٦٩) ، وأحمد (٢٥٦٨٣) ، والبيهقي (١٣٧٩٠) ، من طريق كهمس ، عن عبد الله بن بريدة ، عن عائشة ، والدّارقطني (٣٥٥٥ ، ٣٥٥٦ ، ٣٥٥٧) وقال: هذه كلها مراسيل ابن بريدة لم يسمع من عائشة شيئا ، ورواه ابن ماجه (١٨٧٤) عن هناد بن السري ، عن وكيع ، عن كهمس ، عن ابن بريدة ، عن أبيه ، قال: جاءت فتاة إلى النبيّ وذكر الحديث ، قال البوصيري في الزوائد (٢/١٠٢): هذا إسناد صحيح رجاله ثقات.

وأمّا مسألة الثيب[١] الصغيرة ففيها أخبار نذكرها في مسألة الأخ يزوج الصغير والصغيرة إن شاء الله.

|٥٥٧| [٢] وأمّا الحرة البالغة إذا زوجت نفسها فيجوز على قول أبي حنيفة رَحِمَهُ اللهُ وقول أبي يوسف الآخر، وكذلك يثبت[٣] لها ولاية تزويج قرابتها إذا لم يبق ولي من جهة الرّجال.

وكذلك الخال يثبت له ولاية التزويج إذا لم يبق من جهة الأب قريب في قول أبي حنيفة وقول أبي يوسف الأخر.

واحتج أبو حنيفة في الأصل لجواز نكاحها بنفسها أن هذا العقد وهو النّكاح بكفء بمهر المثل خالص حقّها قِبَل الوليّ بدليل أنّها إذا طلبت لزم الولي إيفاؤه إياها وإذا أبت لم تكره عليه كدين لإنسان قِبَل آخر فثبت أنه خالص حقّها، إلا أنّ الشرع جعل المباشرة إلى الولي كمباشرة إيفاء الدّين فكانت مباشرة خروج[٤] عما عليه لصاحب الحقّ، فإذا كان صاحب الحقّ ممن يجب الإيفاء بطلبه وإذا استوفاه صاحب الحق بنفسه من غير طلب نفذ الاستيفاء ولم ينقض عليه كصاحب الدَّين إذا دخل حرز الغريم واستوفى حقّه بغير إذنه، وهذا لأنه في الحقيقة ما أبطل من حقّ الغريم شيئاً إنما أسقط عنه مباشرة كانت تلزمه له فكذلك في مسألتنا

[١] «ن»، وحاشية «أ» (والبنت).

[٢] في حاشية «س» (مسألة).

[٣] «ن» (ثبت).

[٤] «ن»، وحاشية «أ» (للخروج).

هذه. ألا ترىٰ أنّ أجنبياً لو تبرّع عنه بقضاء الدّين يصح لأنّه لم يبطل من حقّه شيئاً، وكذلك الإبراء يصح من غير قبول لهذا المعنىٰ، بخلاف ما لو كان الصغير فعل بنفسه، لأنّ الإيفاء لا يجب بطلبه فعلم أن الصغير موليٌّ عليه لنقصان رأيه وأنّه لا عبرة برأيه[١].

وإن وجد إلا بدلالة الخطاب أو أذن الولي الذي جعل الله[٢] النظر في أمره فلم ينفذ تصرفه بغير رأي معتبر شرعاً، وبالبلوغ يزول حجر[٣] الشرع فيصير العبرة لما كان يعرف الرأي به من العقل[٤] والتمييز. ألا ترىٰ أن طلبها يصحّ فيبقىٰ الحجر[٥] بعد ذلك لما ثبت للولي من حقّ المباشرة وأمرت المرأة بالطلب منه، وذكرنا أنه غير مانع.

❁ فإن قيل: استيفاء الذي يكون بجنس حقّه[٦] وأنّه شيء محسوس، فثبت[٧] بالفعل فاستقام أن يقال إنّه حصل بفعل صاحب الدين فأما النّكاح فإنما يتم حكماً شرعياً، فالمباشرة حساً لا توقف علىٰ الحكم.

❁ قلنا: إنّ استيفاء الدين لو حصل من الصبي لم يصح لأنّ التملك بذلك الاستيفاء أمر حكمي لا حسي كالملك في النّكاح، والقبض حسي كالقول في

[١] «أ» (لرأيه).

[٢] «ص»، «أ» (إليه).

[٣] «ص» (حجة).

[٤] في حاشية «أ» (الفعل).

[٥] «ص» (الحجة).

[٦] في حاشية «أ» (حقيقة).

[٧] «أ» (يثبت).

باب العقد حسي، فثبت أنه لا فرق بينهما وأنّ [العلة][١] ما قلناه: أنّ الحجر[٢] لحقّ الغير إنما يثبت إذا كان حقاً له لا حقاً عليه.

❁ فإن قيل: أصل النكاح للمرأة وإنما نقل إلىٰ الولي لنقصان فيها كما في الصغيرة بخلاف الدين لأنه يقضي بالعين، وإنّه ملك الغريم فكان الإيفاء إليه لأنّه ملكه في الأصل لا أنّه ملك صاحب الدين، ونقل إليه لنقصان حاله، هذه شبهة المسألة.

❁ قلنا: لم ينقل إلىٰ الولي ولاية المباشرة لنقصانها بدليل أنّ الإيفاء يجب بطلبها ويبطل بردّها، والرأي لا يحتاج إليه للمباشرة نفسها فإنها عبارة لا يختلف حكمها باختلاف الناس، وإنما احتيج إلىٰ الرأي لاختيار الزوج الذي يقع به التفاوت[٣] في أغراض النكاح.

[فلما كان ولاية الاختيار إليها علم أنّ الناقل ليس لنقصان بها صيانة لباب النكاح وأغراضه ولكن لغضاضة تلحق الولي، بأن ينسب إلىٰ الرعونة والوقاحة بمباشرة العقد علىٰ نفسها عادة كما منع الرجل عن الخطبة علىٰ خطبة أخيه لئلا[٤] يلحق الأول وحشة فكان نهياً عن المباشرة لمعنىٰ[٥] ثالث[٦] لا يتصل بالعقد فلم يدل علىٰ فساد المباشرة.

---

[١] ما بين [ ] ليس في «س» والمثبت من «أ»، «ن»، «ص».

[٢] «ص» (الحجة).

[٣] «ص» (التعارف).

[٤] «ن»، «أ» (كيلا).

[٥] زاد «أ» (في).

[٦] في حاشية «أ» (ماله). لعلها: (مآله)

ولم يكن الحجر عن النّكاح لذهاب الولاية عنه أصلاً، بل لمراعاة حق الغير لا يتعلق به الجواز، فكذلك فيما نحن فيه.

والدليل عليه ما ذكرناه[١] أن النكاح من جملة مصالح النساء كما هو من جانب الرجال وكما في المال، فيثبت ولاية التصرف لصاحبها بالبلوغ عن عقل كما في جانب الرجل، ثم الحجر إنّما يثبت قياساً من الوجه الذي يثبت في المال والنّكاح وذلك من الوجه الذي قلناه، وهو الشراء[٢] على سوم أخيه والنّكاح على خطبة أخيه كيلا يفترقا، والحجر من ذا الجانب لا يثبت بنقصان فيها بعد البلوغ عن عقل بلا عنّة، بل لمراعاة حق الغير فتبين أن الحرة البالغة على أصل أبي حنيفة ﷺ لا تكون مولا[٣] عنها نكاحاً بنقصان الأنوثة وأن الولاية تنتقل إليها ولكنها منعت عن التصرف بها بنفسها وأمرت بالطلب من الولي وجعلت له][٤]، ولاية المباشرة لصيانتها عن الوقاحة[٥] مراعاة لحق الولي عن الفضاضة بوقاحتها فصارت مولياً عليها بباب من أبواب المروءة فكانت ندباً لا حتماً.

وإذا ثبت لها ولاية المباشرة بالبلوغ ثبت التعدي إلى الغير عند شرطه وهو عجز المولي عليه كما في الذّكر، لأن الولايات على الغير لا تثبت لعلة[٦] في المولى عليه بل هي الولاية التي ملكها الإنسان بحريته على نفسه وماله[٧]، ثم

[١] «ن» (ذكرناه).

[٢] «ص» (السّوم).

[٣] «ن»، «أ» (موليّا)، «ص» (مولا).

[٤] ما بين [ ] ليس في «س» والمثبت من «أ»، «ص».

[٥] زاد في حاشية «أ» (وللولي).

[٦] «ن» (بعلة).

[٧] ما بين [ ] ليس في «س» والمثبت من «أ».

يصلح شرعاً للتصرف على غيره إذا عجز الغير لنفسه، ولكنّ التعين لذلك بأسباب مخصوصة من سلطنة أو قرابة ونحوها وليس النكاح كالطلاق لأنّ ولاية العقد بحكم ملك الإنسان نفسه، والحر والحرة فيه سواء، وولاية الطلاق بحكم ملك النكاح وذلك للرجل دون المرأة على ما نذكر من بعد حتى إذا كان تفريقا[١] بسبب آخر يشتركان فيه كالعيب عند الخصم وإسلام أحدهما عندنا.

قال[٢] أبو حنيفة ﷺ: أرأيت لو اعتقت الحرة أمة لها أما تملك تزويجها والولاء ثابت لها كما للرجل، ووافقنا محمد عليه فكذلك في باب النسب إذا قامت مقام الرّجل تعيّنت به وليًّا، وعذر محمد أنها لا تكون عصبة ساقط فإنها تستحق جميع المال إذا لم تكن عصبة بحكم القرابة كالعصبة على ما بيّنا في باب المواريث، وتبين بهذا أنّ الحجْر ليس لعظم[٣] خطر النّكاح فإنها ملكت إنكاح معتَقها لما لم تنسب فيه إلى الوقاحة، ولم يلحق الولي بذلك غضاضة.

وأما الجواب عن فساد يقع بمباشرتهن: فإن ذلك الوهم يزول بإثباتنا للولي حقّ الاعتراض والمرافعة إلى القاضي حتى يتروى فيما صنعت، فإن كانت استوفت شروط النّكاح أقرّها على ذلك وإن أحلّت[٤] ردّه، ولما ارتفع الفساد بضرب هذا الأمر لم نثبت أمراً زائداً بخلاف خلل عدم الشهود، فإنا متى جوزنا النّكاح بدونهم لم تبق لأحد ولاية المرافعة بسبب عدم الحجّة فبقي[٥] الفساد

---

[١] «ن» (تعريفا).

[٢] «ن» (وقال).

[٣] «س» (بعظم).

[٤] «س»، «أ» (حلّت)، والمثبت من «ن»، «ص».

[٥] «أ» (فيقر). والمثبت في حاشية «أ».

الموهوم بسبب عدم الحجّة، فأما فيما نحن فيه فدعوى الولي الخلل في باب النّكاح بسوء اختيارها مسموعة والقاضي يخبرها ويتأمل في ذلك، ولأنّ الشهود شرط على المتعاقدين حقاً للشرع صيانة للعقد فلا يملكان الإبطال، ومباشرة الولي العقد حقّ جعل لها قِبَله بدليل ما ذكرنا، وحتى لا تنسب إلى الوقاحة فيملك الإبطال، أو حقٌّ للولي صيانة عن الغضاضة وأنه لا يتصل بالنّكاح فلا يفسد النّكاح لتركه[١] فالقياس ما قاله أبو حنيفة، والاحتياط فيما قاله محمد وأنه يقرب من الاستحسان وعليه مناشير[٢] القضاة، لأن المنع من الجواز ابتداء إلا بإذن الولي أصون من الخلل من الصيانة بولاية المرافعة.

وربما يشعر[٣] الولي به وربما لا وربما يحتسب المرافعة وربما لا، فيصير المنع على هذا الطريق إلا بإذن الولي لصيانة العقد كالشهود، وهذا الفساد لا يقع في صحة الطلب من الولي فكانت أهلا للطلب، والنصوص تدل عليه من كتاب الله تعالى، فإن الله تعالى قال: ﴿حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ﴾ [البقرة: ٢٣٠]، وقال سبحانه: ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَٰجَهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٢] وقال: ﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِىٓ أَنفُسِهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٣٤]، وحقيقة هذا الإضافات[٤] على المباشرة دون الطلب أو الأمر.

وقال: ﴿وَٱمْرَأَةً مُّؤْمِنَةً إِن وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِىِّ إِنْ أَرَادَ ٱلنَّبِىُّ أَن يَسْتَنكِحَهَا﴾

---

[١] «ن» (بتركه).

[٢] «ن»، وحاشية «أ» (مباشرة)، «ص» (مباشر).

[٣] «ن» (يستقر).

[٤] «ن» (الأوصاف)، «ص» (الإضافة).

[الأحزاب: ٥٠] ، فهذا دليل واضح فإنه كان نكاحا صحيحاً. وليس في الآية[١] ذكر الولي بوجه ، وآية العضل نص على أنهن يصرن ممنوعات[٢] عن المباشرة بعضل الأولياء وإنما يصرن ممنوعات إذا لم يصح النكاح إلا بإذن الولي.

وكذلك الأخبار، وخبر عائشة نص لا يحتمل التأويل وأنه صحيح رواه محمد وأثبته أهل التصانيف فلا يكون ما روي من الطعن فيه مقبولاً ، ويحتمل أنّ الطاعن لم يثبت عنده لقلّة رويته وجهله طريق صحته لا بوقوفه على فساد طريق الثبوت عند من أثبته بطريقه.

ويُروى لأبي حنيفة أخبار، منها: أنّه ﷺ خطب أمّ سلمة فقالت: إن أوليائي غُيّبٌ، فقال ﷺ: «إنه ليس فيهم من يكرهني» ، ثم قال لعمر ابنها وهو صغير: «قم فزوج أمّك مني» ، ففعل(٣) ، فيكون نكاحا بغير ولي.

وعذر محمد يحتمل أنّ عمر كان بالغاً ويحتمل أنّ رسول الله ﷺ كان مخصوصاً بالولاية على ما قال الله تعالى: ﴿ٱلنَّبِيُّ أَوْلَىٰ بِٱلْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنفُسِهِمْ﴾ [الأحزاب: ٦].

ولأنّه كان سلطاناً وكان مخصوصاً بالشفقة معصوماً عن الخيانة[٤] والتهمة والولاية تثبت بالسلطنة كما بالقرابة والتقدّم يثبت بالشفقة. وانتفاء تهمة الخيانة لا باسم الأبوة والأخوة ، وأمّا حديث الفتاة الذي رويناه في مسألة إكراه البكر

---

[١] «أ» (الولاية).

[٢] «أ» (في أنهن ممنوعات).

(٣) رواه النسائي (٢٩٤٩)، وابن حبان (٢٩٤٩)، والحاكم في المستدرك (٢٧٣٤) وقال: «هذا حديث صحيح على شرط مسلم، ولم يخرجاه».

[٤] «ص» (الجناية).

البالغة فليس بحجة لأنها قالت: أردت أن تعلم النّساء أنّ ليس للآباء من أمور بناتهم شيء(١)، وأنه لا شيء لهم على أصل محمد إذا لم ينفذ إلا برضاهن ولم يحلّ المنع إذا طلبن.

وأما آثار الصحابة لأبي حنيفة: ما روى أنّ عائشة ﵂ زوجت بنت أخيها عبد الرحمن وكان غائباً فلما قدم غضب وقال: أو مثلي يُفتات عليّ في بناتي، فقالت عائشة: أو ترغب عن المنذر، ثم قالت للمنذر: «لتُملكنَّ عبد الرحمن أمرها»(٢).

فكان هذا نكاحاً بغير ولي، وكلهم رأوا ذلك جائزاً لأن عائشة باشرته وعبد الرحمن قال: يفتات علي، وقالت للمنذر: «لتُملِكنَّ»، وإنما يجب التملك[٣] بعد جواز العقد.

وعن امرأة عبد الله بن مسعود أنّها زوجت ابناً لها بنتاً للمسيّب بن نجبة فبلغ ذلك عبد الله فقال لها: لما فعلت ذلك، فقالت: أردت الهزل، فقال: «أما علمت أنّ النّكاح جدّه جدّ وهزله جدّ»(٤).

وعن ابن عمر ﵄ أنّه كان يجيز النّكاح بغير ولي، وعن عمر ﵁: «لأمنعنّ النساء فروجهن إلا من الأكفاء»(٥)، وعن علي ﵁ أنّ امرأة زوجت بنتا[٦] لها،

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) رواه ابن أبي شيبة في «مصنفه» (١٥٩٥٥)، وعبد الرزاق في «مصنفه» (١١٨٩٥)، وسعيد بن منصور في «سننه» (١٦٦٢)، والبيهقي في «معرفة السنن والآثار» (١٣٥٢٢).

[٣] «ص» (التمليك).

(٤) لم أقف عليه.

(٥) تقدم.

[٦] «س» (بكرا).

فخاصمها أولياؤها إلىٰ علي فأجاز ذلك(١).

فأما حديث عائشة، ففيه خلل، لأنّا لا نتوهم عليها أنها تفعل بخلاف ما رَوت، ولأنها زوجت والأب حي[٢] ولا ولاية للعمّة مع قيام الأب. وليس في الحديث أن البنت كانت بالغة وأذنت أو أمرت، ونكاح غير الولي لا يجوز إلا بأمرها، فإن كانت الرواية حقاً فالظاهر أنها فعلت علىٰ أن يجيزه أخوها، وقول عبد الرحمن: (يفتات علي) أي يفعل دون رأيي.

وقولها للمنذر: «لتملكنّ»، أي: لتردَّن العقد علىٰ سبيل المجاز فيحمل عليه ليكون موافقاً للحديث الذي روت.

وقول عمر: «لأمنعنّ النساء»، وأنّ النساء ممنوعات، دليل علىٰ أن لا ولاية لهن، والاستثناء دليل علىٰ أن ليس للولي حقّ المنع من الأكفاء، فيكون دليلنا لأنّه خرج بموافقة آية العضل.

وأمّا عليٌّ فقد كان[٣] إماماً وله أن يجيز علىٰ أصل محمد، فيبقي لهم حديث ابن عمر والخلاف في المسألة ظاهر، والله أعلم.

|٥٥٨| **مسألةٌ:** لغير[٤] الأب والجدّ من الأولياء ولاية[٥] تزويج الصغير

---

(١) رواه سعيد بن منصور في سننه (٥٨٠) بلفظ: عن أبي قيس الأودي، عمن أخبره عن علي رضي الله عنه «أنه أجاز نكاح امرأة زوجتها أمها برضىٰ منها» وعبد الرزاق في مصنفه (١٠٤٧٩)، وابن أبي شيبة في مصنفه (١٦٢٠١).

[٢] «أ» (حر).

[٣] «ن» (فكان).

[٤] «ن»، «ص» (غير).

[٥] «ن»، «ص» (له ولاية).

والصغيرة عندنا، لأنه ولي المرأة بقرابته في الإنكاح بعد البلوغ فكذلك قبله قياساً على الأب، وإذا تعيّن ولي الأنثى بالصغر تعيّن للذكر كالأب بل أولى لما قاله الخصم.

والمسألة فرع على الحقيقة، لأنّ المذهب عنده أن الولاية الثابتة[١] مع أمرها بعد البلوغ لا تدل على سقوط الأمر بالصغر كالأب مع البنت الثيب وأن لا تأثير لصغر النّساء في تغيير حكم ولاية الإنكاح على ما مرّ، وعندنا: للصغر تأثير كما في المال وإنكاح الابن.

والجواب عن فصل التّهمة والقياس على ولاية المال: أنّ باب التّجارة[٢] باب تجري فيه الخيانات الخفية[٣]، لأنها تعقد دائماً من غير شهود وشهرة فلم يؤتمن عليها الأخ لما قاله الخصم.

فأما النّكاح فعقد أبدٍ ولا يعقد إلا على سبيل الشهرة[٤] ويزداد في الخطبة وباب الخيانة فيه مشهور من عدم الكفاءة والحط عن مهر المثل فما سواهما لا يعتبر لجواز العقد فيقع الأمن عن الخيانة[٥] المعتبرة بسبب الشهرة وعدم خفاء ما هو خيانة فيصير الأخ بمنزلة من لا يتهم بالخيانة، وحال الصغير[٦] كحال الكبير[٧]

---

[١] «ص» (الثانية).

[٢] «ص» (التجارات).

[٣] في حاشية «أ» (الحقية).

[٤] «ص» (الشهوة).

[٥] «ص» (الجناية).

[٦] «ن» (الصغر).

[٧] «ن» (الكبر).

الذي وقع الأمن عن الخيانة برأيها.

والجواب عن فصل اليتيمة[١] أنّا نقول: لا تنكح اليتيمة إلا برأيها؛ الرأي الباقي لها شرعاً أم[٢] المنقول إلى الولي حكماً.

فإن قال: الباقي لم نسلم في الفرع، وإن قال: المنقول فقد وجد لأن رأي الولي رأيها كما لو كانت كبيرة وأمرت وكما في الذكر وكلّه فصل[٣] من القول غير قولنا أنّ للصغير تأثيراً في نقل الولاية والتهمة غير جائزة[٤].

والجواب عن عدم[٥] اللّزوم: أنه ثابت لتوهّم فوت[٦] غرض من أغراض النّكاح بسبب قصور شفقة[٧] العاقد على ما نذكره.

والجواب عن الخبر الأول: أنّ المراد به اليتيمة البالغة لأنّ النبي ﷺ أثبت تحريماً إلى غاية الاستئمار والصغيرة ما فيها هذه الغاية [إلا أنّه يقول إنما حرم نكاح اليتيمة إلى غاية الأمر لا الصغيرة وباسم اليتيمة ننتهي[٨] إلى [هذه][٩] الغاية][١٠] فإنها يتيمة بعد البلوغ.

---

[١] «ص» (الثيب).

[٢] في حاشية «أ» (أمر).

[٣] «ص» (فضل).

[٤] «أ» (حاجزة).

[٥] «ص» (غرض).

[٦] «س» (فهم) والمثبت من «أ»، «ن»، «ص».

[٧] «أ» (سبقه).

[٨] «أ» (ينهي).

[٩] ما بين [ ] ليس في «أ».

[١٠] ما بين [ ] ليس في «ص».

ألا ترىٰ أنه يدخل تحت النائمة والمغمىٰ عليها إذا كانتا بالغتين ولا يتصور الأمر منهما إلا بعارض وصف.

وجواب [آخر][١] ما ذكرنا أن الأمر لها ولكن بالصغر انتقلت[٢] الولاية إلىٰ الولي فصار كالوكيل عنها والحديث ساكت عنه فصار الحديث محرِّماً بغير أمرها وأمر من يقوم مقامها فلا يبقىٰ إلا حال الكبر.

وقد روي عن النبي ﷺ: «**تستأمر اليتيمة في نفسها، فإن سكتت فقد أذنت**[٣] **وإن أبت لم تكره**»(٤) وهذا لا يتصور [إلا][٥] في الكبيرة.

❋ **فإن قيل**: وغير اليتيمة إذا كانت بالغة لم تنكح عندك إلا بأمرها.

۞ **قلنا**: إن للأب الانكاح بغير استئمار لأنها ترضىٰ بفعل الأب علىٰ العادة وليس للأخ هذا فما[٦] في حقّه دلالة الرضا بقائمة[٧].

وأمّا حديث قدامة فإنما كان في اليتيمة البالغة، فقد روىٰ ابن عمر أن قدامة زوجني ابنة أخيه ولم يشاورها فبلغ [ذلك][٨] رسول الله فرده(٩)، فالرد بعلة

---

[١] ما بين [ ] ليس في «س» والمثبت من «أ»، «ن»، «ص».

[٢] «ن»، وحاشية «أ» (انقلبت).

[٣] «س» (فأذنت) والمثبت من «أ».

(٤) سبق تخريجه.

[٥] ما بين [ ] ليس في «س»، «ص» والمثبت من «أ»، «ن».

[٦] «ص» (فأمّا).

[٧] «ص» (إقامة).

[٨] ما بين [ ] ليس في «س» والمثبت من «أ»، «ن»، «ص».

(٩) سبق تخريجه.

عدم[١] الشورى لا يكون إلا في الكبيرة.

وروى أيضاً أن المغيرة بن شعبة [كان][٢] غرّ[٣] أمّها بماله فكرهت الجارية ابن عمر فردّ رسول الله النّكاح وتزوجها المغيرة(٤)، وإنه لا يتصور إلا من الكبيرة.

ألا ترى أن ابن عمر ولي يتيمة فزوّجها، وقال لها: «الخيار إذا بلغت»(٥).

فدل أنّ القصة كانت في الكبيرة، وكذلك الصحابة أفتوا [بخلاف الخبر ولم يحتج عليهم][٦] به فدلّ أن التأويل ما قلناه.

ولعلمائنا ﷺ نصوص، منها: قوله: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم﴾ [النساء: ٣] أي في نكاح اليتامى. كما تقول: إن خفت زيداً فصارع عَمْراً، أي [إن][٧] خفت مصارعة زيد لا يحتمل غيره لأنه ذكر الآخر ليقوم مقام الأول، وإنّما يقوم إذا كان الفعل [واحداً، وإنما اختلف المحل وإنما يقال: إن خفت الجور في فعلك فاتركه أي إذا كان أصله حلالاً][٨]، وبسبب الجور يجب تركه.

وعن عائشة ﵂ في اليتيمة تكون في حجر وليها فيرغب[٩] في نكاحها

---

[١] في حاشية «أ» (بعدم علة).
[٢] ما بين [ ] ليس في «ن».
[٣] «س» (غرّها)، والمثبت من «أ»، «ن»، «ص».
(٤) سبق تخريجه.
(٥) لم أقف عليه.
[٦] ما بين [ ] ليس في «ص».
[٧] ما بين [ ] ليس في «أ»، «ص».
[٨] ما بين [ ] ليس في «ص».
[٩] «ن» (فرغب).

لجمالها ويريد أن يتزوجها بأدنى صداقها فنهي عنه [إلا][١] [أن][٢] يقسط[٣] في مهرها(٤).

وعن النبي ﷺ: «إذا أنكح الوليان، فالأول أحقّ»(٥) ولا يتصور الوليان إلا في غير الأب والجد ولا يكون الأول أحق[٦] إلا في الصّغير والصّغيرة. فالأحقّ في[٧] الكبيرة من رضيت به ولا تفصيل في الحديث بين البكر والثيب.

وأمّا أخبار الصحابة ﷺ فما روي أنّ رجلاً تزوج بنت عمه وهي صغيرة فرفع إلى علي رضي الله عنه فقال له: «خذ بيد امرأتك»(٨)، وقال أيضاً: «النّكاح إلى العصبات»(٩)، وعن ابن عمر رضي الله عنهما أنّه ولي يتيمة فزوجها من رجل ودفع مالها إليه

---

[١] ما بين [ ] ليس في «ن».

[٢] ما بين [ ] ليس في «س» والمثبت من «أ»، «ن»، «ص».

[٣] «أ» (يسقط).

(٤) رواه البخاري في صحيحه برقم: (٢٤٩٤).

(٥) رواه البيهقي في السنن الكبرى (٧/١٤٠، برقم: ١٣٩١٣) كتاب النكاح ـ جماع أبواب اجتماع الولاة وأولاهم وتفرقهم وتزويج المغلوبين على عقولهم والصبيان وغير ذلك ـ باب إنكاح الوليين، وقال: الصحيح رواية من رواه عن سمرة، والطبراني في المعجم الكبير (٧/٢٢٢) برقم (٦٩٤٩) بهذا اللفظ، ورواه أصحاب السنن بألفاظ متقاربة، وصحة الحديث متوقفة على ثبوت سماع الحسن من سمرة.

[٦] «س» (أصحّ) والمثبت من «أ»، «ن»، «ص».

[٧] «ن» (من).

(٨) رواه ابن أبي شيبة في مصنفه (١٤/٥٦٣، برقم: ٢٩٤٨٤) كتاب الحدود، في الرجل يوجد مع المرأة فتقول زوجي، بلفظ أنّ عليا: "أتي برجل وامرأة وجدا في خرب مراد، فأتي بهما علي فقال: بنت عمي ويتيمتي في حجر، فجعل أصحابه يقولون: قولي زوجي، فقالت: هو زوجي، فقال علي: خذ بيد امرأتك، ورواه الطحاوي في شرح مشكل الآثار (١٤/٤٢٤) باب بيان مشكل قول الله تعالى وإن خفتم ألا تقسطوا في اليتامى الآية بلفظ قريب.

(٩) قال في التنبيه على مشكلات الهداية (٣/١٢١٢): "ذكر الحديث شمس الأئمة السرخسي،=

مضاربة وقال لها: «الخيار إذا بلغت»(١).

وعن عروة بن الزبير ﷺ أنه زوج ابن أخ له صغيراً[٢] بنت أخ له صغيرة(٣).

|٥٥٩| مسألةٌ: إذا بلغ الصغير أو الصغيرة فلهما الخيار، رجع أبو يوسف وقال: لا خيار لهما، وهو مذهب عروة بن الزبير.

وقال الكرخي: من أجاز هذا النكاح [فقد][٤] أثبت الخيار إلا عروة وأبا يوسف، وقد روينا[٥] في المسألة الأولىٰ عن ابن عمر أنّه جعل لها الخيار إذا بلغت.

وجه قول أبي يوسف ظاهر وهو أنّ التصرف[٦] اللازم متىٰ نفذ[٧] عن ولاية شرعية لزم كما لو نفذ[٨] عن توكيل من المولىٰ عليه أو يقر[٩] علىٰ نفسه، دليله

= وسبط ابن الجوزي، والحديث لم يخرجه أحد من الجماعة، ولا ثبت، مع أن الأئمة الأربعة علىٰ العمل به في حق البالغة"، وقال ابن حجر في الدراية في تخريج أحاديث الهداية (٦٢/٢): "لم أجده"، وقد أخرج البيهقي في السنن الكبرىٰ (١٢١/٧، برقم: ١٣٨٠٩) كتاب النكاح، جماع أبواب ما علىٰ الأولياء وإنكاح الآباء البكر بغير إذنها، باب ما جاء في إنكاح اليتيمة ما جاء بلفظ: "إذا بلغ النساء نص الحقائق فالعصبة أولىٰ".

(١) لم أقف عليه.

[٢] «ص» (زوج ابن أخيه).

(٣) رواه سعيد بن منصور في «سننه» (٦٣٩)، وابن أبي شيبة في «مصنفه» (٢٨٥٢٦).

[٤] ما بين [ ] ليس في «ن».

[٥] «ص» (ذكرنا).

[٦] «ن»، وحاشية «أ» (النصّ).

[٧] «ن»، وحاشية «أ» (بعُد).

[٨] في حاشية «أ» (بعُد).

[٩] «أ»، «ص» (نفذ).

باب المال ونكاح الأب، ولا يلزم خيار الأمة المنكوحة إذا أعتقت لأن نكاح الأمة يزداد حكماً بالعتق حتىٰ كانت تحرم بتطليقتين والآن تبقىٰ مملوكة بعد الطلاقين، وقد أوضحناه[١] في فصل نكاح الرقيق فتلك الزيادة تثبت عليها بعد العتق ابتداء، وهي[٢] مالكة أمر نفسها فكان لها أن لا تلزم[٣] كما لو زوجت ابتداء ولا يمكنها رد تلك الزيادة إلا برد الأصل فخيرها الشرع في ردّ الأصل فلم يكن الخيار مما أوجبه العقد بل بسبب طارئ كخيار المخيرة وتعليلنا لإيجاب اللزوم للعقد لا للمنع من ثبوت الخيار بأسباب طارئة.

ولهذا يرتد النّكاح برد المعتقة وتعذر بالجهل ويمتد [بالرد][٤] [في المجلس][٥] كخيار المخيرة بخلاف خيار البلوغ فإنه علىٰ الفور ولا تعذر بالجهل ولا يرتد العقد إلا بالقضاء[٦] فثبت أنهما غيران، ولا يجوز أن يثبت الخيار بعدم[٧] ولاية الأخ في المال وفي النّكاح مال، لأن النّكاح لم يشرع إلا بمهر فالسبب المثبِت لولاية النّكاح يكون مثبتاً للأمهار لأنّه أحد ركنيه، ولأنّ صحة النّكاح ولزومه لا تتعلق بالمهر بحال ويصح ويلزم مع نفي المهر.

ولهما: أن الولاية علىٰ الصغار لا تثبت إلا نظراً للمولي عليه وفي النّكاح

---

[١] «ن» (أوضحنا).

[٢] «ص» (فتبقىٰ).

[٣] «أ» (تلتزم).

[٤] ما بين [ ] ليس في «أ»، «ن»، «ص»

[٥] ما بين [ ] ليس في «س» والمثبت من «أ»، «ن»، «ص».

[٦] «ن» (بقضاء).

[٧] «أ» (لعدم).

أغراض جمّة على ما مرّت[١] لا تستدرك إلا بكمال النظر ولن يكمل النظر إلا بكمال الرأي والشفقة على ما مر، وبالنساء قصور رأيٍ وبغير الأب والجد من الرجال قصور شفقة فلا يكمل نظرهم فيتوهم فوت[٢] غرض به فعلق اللزوم برضا المولى عليه إذا ملك أمر نفسه ليقع على سبيل النظر من كل وجه، لأنّ النيابة ما ثبتت إلا نظراً لها وجاز للحال لتكامل الشروط الأصلية شرعاً بخلاف الأب فإنّه كامل الرأي وافر الشفقة فيكمل نظره فيقع الأمن عن فوت الغرض.

وبخلاف المال لأن الغرض منه عوضه في المالية فإذا كمل ذلك لم يبق شيء يبقى الرأي لأجله.

ولأن المالك إن نشط في الخلاص باعه فيخلص[٣] بلا نقصان ولا كذلك النّكاح فإنه لازم على المرأة وكذلك الرجل لا يجد الخلاص بالطلاق إلا بمهر.

وأما القاضي إذا زوج، فروي عن أبي حنيفة أنه لا خيار لها لأنه غير متهم كالأب، والله أعلم.

|٥٦٠| مسألةٌ: ويتصل بهذه المسائل ما قال أبو حنيفة ﷺ: البكر إذا زنت كانت في حكم البكر.

وقالوا[٤] جميعاً: لا يكون سكوتها رضا لأنها ثيب لأنه اسم لمن ابتكرها الرجال، والبكر اسم لمن لم يصبها الرجال وإن ذهبت العذرة بوثبة أو بحيضة،

[١] «أ» (ما مرّ).
[٢] «ص» (فرق).
[٣] «ن» (فتخلّص)، «ص» (فيحصل).
[٤] «ن» (وقالا).

مأخوذ من بكرة النهار لأوله، وباكورة الشيء اسم لأول ما يدرك ولهذا يسمى[١] الرجل الذي لم يجامع المرأة بكراً، والبكر أول بيض النّعام.

ولهذا قيل أنّه إذا أوصى لأبكار بني فلان دخل تحت الوصية من ذهبت عذرتها بحيضة ولا تدخل من زنت، وإذا أوصى لثيب بني فلان دخلت الزانية تحت الوصية وهذا باب مشهور في اللغة ما فيه شبهة، وإذا صارت ثيباً شوورت بالحديث ولم تدخل تحت نص البكر وبالنص صار السكوت رضا.

وأبو حنيفة رحمه الله يقول: بالنصّ صار السكوت رضا لعلة الحياء كما قالت عائشة: «إنّ البكر لتستحي يا رسول الله»(٢)، لا لأنها بكر. وهذه التي زنت مرة في خفية لغلبة شهوة تستحي عن النطق لأنها تستحي عن ظهور الفاحشة عليها أكثر من حياء البكر عن الرغبة في النّكاح، وبالنطق تظهر. فلما كانت العلة هي الحياء والحياء باق بقي الحكم وإن كان سبب الحياء غير البكارة.

❁ **فإن قيل:** إنما يبقى إذا كان هذا الحياء مثل ذلك الحياء وهما مختلفان لأن حياء البكر حياء كرم الطبيعة فكان معتبراً وهذا حياء معصية فلم يكن معتبراً[٣]، كالعجز بسبب النوم معتبر وبالسكر غير معتبر لأنه حدث عن معصية.

❁ **قلنا:** هذا وإن كان عن معصية فإنه[٤] معتبر[٥] لأنها بهذا الحياء تستر على نفسها والله تعالى أمرها بالستر، وقال ﷺ: «**من أصاب من هذه القاذورات**

---

[١] «ن»، «ص» (سمي).

(٢) تقدم.

[٣] «ن» (محترما).

[٤] «ن»، وحاشية «أ» (فهو).

[٥] في حاشية «أ» (محترم).

شيئاً فليستتر بستر الله»(١).

ولأن الحياء عند[٢] ظهور المعصية لا يكون بالمعصية بل بكرم الطبيعة وحسن العقيدة الشرعية، بخلاف العجز بسبب السكر فإنه لا يكون إلا من السّكر[٣] الذي هو حرام بخلاف ما إذا لزمها[٤] عدّة[٥] لأنّ الشرع لما ألزمها العدة وأمرها بالاعتداد فقد أظهر عليها، وكذلك إذا أقيم عليها الحد أو اعتادت الزنا وظهر منها وجبت المشورة، والله أعلم.

[٥٦١] مسألةٌ: الأب إذا زوج ابنه الصغير وزاد في مهر المثل أو زوج ابنته الصغيرة ونقص عن مهرها [نقصانا][٦] فاحشاً أو وضع في غير كفء جاز[٧]، وعندهما لا يجوز لأنها نظير ولاية المال، وفيه لا يجوز مع الغبن الفاحش لِما ذكرنا أنها منوطة بشرط النظر ومعنى النظر يفوت بالغبن الفاحش، ألا ترى أن للغبن[٨] الفاحش حكم الهبات حتى لم يملكه إلا من يملك الهبة.

---

(١) رواه مالك في الموطأ (١٢٠٥/٥) برقم: (٦٣٢/٣٠٤٨) كتاب الرجم والحدود، ما جاء في من اعترف على نفسه بالزنا، والبيهقي في السنن الكبرى (٣٢٦/٨) برقم: (١٧٦٥٢) كتاب الأشربة والحد فيها، باب ما جاء في صفة السوط والضرب، وقال ابن عبد البر: لم يختلف عن مالك في إرسال هذا الحديث ولا أعلمه يستند بهذا اللفظ من وجه من الوجوه. الاستذكار (٨٤/٢٤).

[٢] «ن»، «أ» (عن).

[٣] «أ» (المسكر).

[٤] «ن»، «ص» (لزمتها).

[٥] «ن»، «ص» (العدّة).

[٦] ما بين [ ] ليس في «ن».

[٧] «ص» (جاز عند أبي حنيفة).

[٨] «ن» (الغبن).

إلا أنّا نقول: إن النّكاح يشتمل [علىٰ مصالح جمّة غير المهر][1] علىٰ ما مرّ والأب كامل الرأي والشفقة فلا يحمل أمره في الغبن علىٰ الخيانة بل علىٰ تحصيل غرض من أغراضه ما كان يتوصل إليه إلا بما زاد أو نقص فيسقط[2] معنىٰ الضرر بذلك الغرض، كالوصي إذا صانع من مال اليتيم مع السلطان إذا طمع[3] فيه أجزأه لأنه دفع به شراً فوقه فكذلك ها هنا لأن غرض السكن من النّكاح أمر دائم مقصود فوق المهر بخلاف المال لأن المقصود منه المالية لا السكن، وبخلاف المريض يتزوج امرأة بزيادة فاحشة فإنها تعتبر وصية لأن الحجر لحق الورثة والغرض الذي طلبه[4] بهذه الزيادة لم يحصل للورثة، والله أعلم.

|٥٦٢| مسألةٌ: الابن له ولاية التزويج.

وقال الشافعي(٥): ليس له ذلك إلا أن يكون من عشيرة قومها، لأنّ المرأة لا حظ لها في هذه الولاية علىٰ أصله والابن فرعها فلا يثبت له هذه الولاية منها[6]، بخلاف العصوبة في الإرث، لأنّ الأم[7] لها ولاية الإرث[8] في الجملة

---

[١] ما بين [ ] ليس في «س» والمثبت من «أ»، «ن»، «ص».

[٢] «ن»، «ص» (فسقط).

[٣] «أ» (إذ الجمع).

[٤] «ن» (طلب).

(٥) انظر: «مختصر المزني» (٨/٢٦٥)، «الحاوي الكبير» (٩/٩٤).

[٦] «ن»، وحاشية «أ» (فيها).

[٧] «أ» (لاحظ لها في هذه الولاية علىٰ أصله والابن فرعها فلا يثبت له هذه الولاية منها بخلاف العصوبة في الإرث، لأن الأم).

[٨] «أ» (العصوبة).

فثبت[١] للابن[٢] منها أيضاً ثم العصوبة، والغرض باختلاف صفة الوارث من حيث الذكورة والأنوثة في الفرعية[٣] غير ثابتة بالصفة[٤]، فكذلك ما يتعلق بالصفة لا يؤخذ[٥] من التفرع إلا أن يكون من عشيرة قومها فتثبت الولاية بقرابة الأب أو نقول: إن الولاية تثبت للرجال صيانة للنسب بطلب أكفائهم ولا يحصل ذلك بالابن إذا لم يكن من عشيرة قومها، لأنه يميل إلىٰ أنسبائه[٦] وربما يكونون دون أنسبائها، ولأن الابن يغيظه نكاح أمه فيفوت حقها منه.

ولعلمائنا: ما روي عن علي رضي الله عنه «النّكاح إلىٰ العصبات»(٧)، وهو الفقه فإنّ الإرث يبتني علىٰ ولاية علىٰ الميت فإن كل سبب يقطع الولاية كالرق واختلاف الدينين يقطع الإرث.

ولأن الوارث لا يملك ملكاً جديداً ولكن يخلفه في إملاكه كأنه هو، ولو خلفه في التصرف بحق الوصاية أو الوكالة لكان ولاية عليه فالخلافة[٨] في المالكية فوق ذلك في الولاية فوجب بناء ولاية النّكاح علىٰ العصوبة لأنه أقوىٰ سببي الإرث يحرز المال كلّه ثم الحجر عن الاستيفاء بعارض[٩] كما في ملك نفسه.

ولأن العصوبة للرجال في الأصل وهذه الولاية في الأصل للرجال وقد

---

[١] «ن» (فيثبت).

[٢] «س» (للإرث) والمثبت من «أ»، «ن».

[٣] «أ»، «ن»، «ص» (والفرعية)، وقد ضرب عليها في «س».

[٤] «ص» (غير ثابت به كالصفة).

[٥] «ن»، وحاشية «أ» (لا يوجد).

[٦] «ن» (أنسابه).

(٧) سبق تخريجه.

[٨] «ص» (فالخلاف).

[٩] «ن»، «ص»، وحاشية «أ» (بعوارض).

ذكرنا في مسألة الأخ يزوج الصغيرة أنّ تهمة الخيانة غير معتبرة في هذا الباب حاجزة فسقطت كلماته[١] بما قلنا، ولئن[٢] اعتبرت زالت[٣] بأمرها فإنها لا تزوّج إلا برضاها كما زالت في حق الأخ ببلوغ اليتيمة وإذا عضل رفع إلى القاضي ليستوفي بنفسه فلا يفوتها شيء بولاية الابن على أن الكفاءة مطلوبة في أصل الأنكحة فيكون الزوجان أبداً بينهما كفاءة أو تكون المرأة دون الرجل، فإنّ الكفاءة غير معتبرة من جانبهن للرجال معتبرة من جانب الرجال للنساء ومغايظة الطبع تبطل بما لو[٤] كان من عشيرة قومها.

والجواب عن التفرع أنه ساقط لما ذكرنا أن الولاية تثبت بحرية الولي ومالكيته لا أن تسري إليه من غيره ثم تتعدى إلى الغير بعجز الولي[٥] عليه وحاجته إلى تلك الولاية، والله أعلم.

[٥٦٣] مسألةٌ: أولى الأولياء الابن ثم الأب على ترتيب العصوبة في الميراث.

وعن أبي يوسف: أقدّم الأب احتراماً.

وقال محمد في رواية هشام: لا ولاية للابن مع الأب.

وقال زفر: الأخ لأب يساوي الأخ لأب ولأم[٦]، لأن هذه الولاية[٧] لا

[١] «ص» (كلها).

[٢] «ن» (ولأن).

[٣] «ص» (زال).

[٤] «ن» (إذا).

[٥] «أ» (المولي).

[٦] «أ»، «ن»، «ص» (وأمّ).

[٧] «أ» (الرواية).

تستفاد من النساء.

وجه قول أبي يوسف ومحمد: أن الشفقة معتبرة في هذا الباب مع العصوبة والأب أوفر شفقة.

ووجه رواية الأصل: ما ذكرنا في المسألة الأولى، وكلام زفر يبطل بالعصوبة فإنها لا تستفاد بالنساء وترجَّح بقرابة الأم فكذلك هذا، والأسباب المرجحة غير التي تكون عللاً، والله أعلم.

|٥٦٤| مسألةٌ: الوليان في درجة واحدة لكل واحد منهما ولاية التزويج.

وقال مالك ﵀(١): لا يجوز ما لم يجتمعا لأن ولاية النّكاح ثبتت لهما على السواء فلا يملك أحدهما التفرد بالاستيفاء قياساً على الرجلين أعتقا أمة والوصيين في مال اليتيم، لما مر أن الولاية في المال نظير لولاية النّكاح.

ولنا: ما روي عن النبيّ ﷺ: «إذا أنكح الوليان فالأول أحق»(٢). وعنده لا يجوزان جميعاً، والمعنى في المسألة[٣] أنّ النّكاح حق واحد لا يحتمل التجزئة ولا التعدد، لأن النّكاح لا يتجزأ ثبوته ولا تستحق المرأة إلا نكاحاً واحداً.

وولاية فعله[٤] تثبت بالأخوة أو بالعمومة[٥] ونحوها، وقد ثبت لكل أخ

(١) انظر: «النوادر والزيادات» (٤/٤٠٦)، «التوضيح شرح مختصر ابن الحاجب» (٣/٥٣٨).

(٢) سبق تخريجه.

[٣] «ص» (والمعنى فيه).

[٤] «ص» (واحدة).

[٥] «ن»، «ص» (العمومة).

أخوة كاملة مع أخيها[١] كما لو لم يكن معه أخ آخر وإذا كملت العدة[٢] لكل أخ ثبت حكم العلة له مع العلة الأخرى كما لو لم يكن ثَمّة[٣] علة أخرى لأن الحكم الواحد يجوز ثبوته بعلل كثيرة كما يجوز بعلة واحدة. ومن حيث أنه حكم[٤] لا يقبل التجزؤ فلا يمكن أن يضاف الحكم إليها أبعاضاً فأضيف إلى كل واحد منهما كملاً ما له وجه غير هذا كدار بيعت ولها شفعاء ثبت حق الأخذ لكل واحد كملا كما لو لم يكن معه غيره، وكذلك قالوا: الواحد من المسلمين إذا آمن الكفار نفذ كما لو لم يكن معه غيره لأن الأمن عن إباحة الاستغنام حكم الإيمان وإنه حق لا يقبل التجزؤ لأنه لا يتصور إيمان[٥] بعض النفس[٦] دون البعض.

وكذلك في حق ملكه المال لا يتصور العصمة شرعاً في البعض دون البعض وولاية التصرف تثبت بالإسلام وإسلام كل مؤمن كامل كما لو لم يكن معه غيره، ولما كملت[٧] العلة والحكم مما لا يقبل التجزؤ ثبت لكل واحد كملا ونفذ إذا تصرف كما لو اجتمعوا أو لم يكن معه غيره، وكذلك النقض[٨] ينفذ من كل واحد بهذه العلة.

❊ فإن قيل: إنّما نفذ لأنّ[٩] للغير حق النقض[١٠] فلا يتضرر بتصرفه كأنه

---

[١] «أ» (أخيه).
[٢] «أ» (العلة).
[٣] «أ»، «ن» (ثم).
[٤] «أ»، «ن» (حكمه).
[٥] «ص» (أمان).
[٦] «أ» (النفوس).
[٧] «ص» (كانت).
[٨] «ن»، وحاشية «أ» (البعض).
[٩] «أ» (لا).
[١٠] «ن»، وحاشية «أ» (البعض).

لم يتصرف في حقه.

فأمّا أن يقال بأن تصرف الغير ينفذ على غيره فلا.

قلنا: إن تصرف[١] الغير لا ينفذ على غيره سواء كان لازماً أو غير لازم كالعارية والإيداع وهذا بخلاف الرجلين أعتقا أمة، لأن الولاية [ثمة][٢] بالإعتاق والعتاق[٣] ثبت بهما ما لكل واحد منهما إعتاق كامل بل بعضه وذلك البعض لا يكون إعتاقاً. ألا ترى أن الولاء بينهما فالعلة لا توجد إلا باجتماعهما[٤] وكذلك الوصيان ثبت لهما الولاية بأمر الآمر والأمر مضاف إليهما على معنى أنهما برأيهما يقومان مقام الآمر فيصير العلة رأييهما[٥] جميعاً، لأنه باب يتصرف من قبل العباد وأنه ما رضي إلا هكذا. وكذلك على هذا كل اثنين أمرا بتصرف يحتاج فيه إلى الرأي [والتدبير][٦].

فإن قيل: هذا يبطل بمسألة الشفعاء فإنه إذا استوفى أحدهم لم يسلم له.

قلنا: ثبوت حق الطلب لا يقبل التجزؤ شرعاً فإنه [متى][٧] تجزأ تضرر به المشتري وقد أوجب على وجه لا يتضرر المشتري بأخذه زيادة[٨] ضرر لم تكن قبل الشراء بل على وجه يكون الشفيع أولى بنفع الشراء.

[١] «ص» (حق).
[٢] ما بين [ ] ليست في «ن»، «ص»، وفي «أ» (ثم).
[٣] «أ» (والإعتاق).
[٤] «أ» (بإجماعهما).
[٥] «ن» (بإياهما).
[٦] ما بين [ ] ليس في «ن»، «ص».
[٧] ما بين [ ] ليس في «س» والمثبت من «أ»، وفي «ن»، «ص» (إذا).
[٨] «ن»، «ص»، وحاشية «أ» (زائد).

فأما الاستيفاء فالدار[١] مما يقبل التجزؤ تملكاً وضرر التجزء يقع على الشفعاء لا على المشتري فلم يمتنع التجزؤ شرعاً من الوجه الذي امتنع في الثبوت لأن ضرر الثبوت يتناول المشتري.

❁ فإن قيل: إنه يبطل بقصاص بين جماعة عفا أحدهم[٢] عن نصيبه فإنه لا يصير كعفوهم.

❁ قلنا: إنهم في ولاية القصاص يقومون مقام المقتول بسهام الإرث فلم يكمل [للواحد][٣] علة ولاية العفو عن الكل، حتى اختلف الصحابة ﷺ فلم ير بعضهم عفو الواحد معتبراً لما فيه من إبطال حق الباقين.

ولا يلزم رجل قتل جماعة عمداً، فإنه يُقتل بهم، ولو عفى أحدهم لم يبرأ عن حق الباقين، والعلة كاملة له والقتل واحد لا يقبل التجزؤ، لأنا قلنا قتل كل شخص علة لوجوب قتلٍ عليه وملك الولي قتله قصاصاً بوليه علة لولاية العفو فنفذ فيما له ولم ينفذ فيما ليس له من قصاص آخر، فالقصاص عليه بعدد[٤] المقتولين غير أن الواحد يقوم مقام الكل بعلة أنّه لا يقبل التجزؤ على ما بيّنا في موضعه لا[٥] أن القصاص عليه واحد حتى قال بعض العلماء: إنه يُقتل ويغرم الديات بعدد المقتولين.

وكذلك إذا رهن عند جماعة فلكل واحد حق الحبس كملاً، وإبراء أحدهم

---

[١] «ن» (يتجزأ فالدّار).

[٢] «ن» (أحدهما).

[٣] ما بين [ ] ليس في «س» والمثبت من «أ»، «ن»، «ص».

[٤] «ص» (بعد تعدد).

[٥] «أ» (إلا).

عن الدين لا يفرغ الرهن، لأن كل واحد من الغرماء استحق بدينه حبساً كاملاً، لكونه مما لا يتجزؤ في حق الرهن، لأن المال في كونه رهناً لا يقبل التجزؤ عندنا، ولما ورد العقد على الجملة حتى صار مرهوناً وارتفع التجزؤ وثبت لجماعة، ولم يصح الإضافة أجزأ لكونه مما لا يتجزؤ في حقّ محل الرهن ثبت كملاً لكل واحد إلا أنه بحكم ضيق المحل[١] يتأذى حق الكل بمحبوس واحد كما في القصاص.

[٢] ولهذا قلنا: إذا رضي أحد الأولياء بعدم الكفاءة سقط حق الباقين.

وقال الشافعي رحمه الله(٣): لا يسقط، لأنه يبطل حق غيره فلا يقدر بخلاف الإنكاح ابتداءً، لأنّ الحقّ عليهم، فصار الواحد موفياً حقاً عليهم فملك.

[٤] ولهذا قلنا إن الواحد إذا قتل جماعة قُتل بهم وغرم بعدد القتلى ديات لأن القصاص عليه فلا يمكنه إيفاء الجماعة[٥] بالواحد.

إلا أنّا نقول: إنّ حقّ الكفاءة واحد، وهو المساواة لمن ينتسبون إليه نسباً حتى لا ينسب إليهم بالصهر من كان لا يكافئهم وقد ثبتت العلة لكل واحد منهم كملاً على ما بيّنا في الفصل الأول فثبت الحق كملاً لكل واحد ضرورة ثبوت العلة لكل واحد على الكمال فإذا أسقط واحد منهم وقد استحق الكل سقط كله،

[١] «ن»، «ص» (لكونه مما لا يتجزّى في حق محل الرهن).

[٢] «أ»، «ص» (مسألة).

(٣) انظر: «الأم» (٦/٤٠)، «مختصر المزني» (٨/٢٦٦)، «الحاوي» (٩/٩٩ _ ١٠٠).

[٤] «أ»، «ص» (مسألة).

[٥] «ن» (فلا يملك الجماعة)، وصححها في الهامش بما هو مثبت، وفي حاشية «أ» (فلا يملك الجماعة).

وإذا كان واحداً لم يبق بعده شيء فبطل حق الباقين ضرورة فقام الواحد مقام جماعتهم استيفاء واستحقاقا[١] كما في مسألة الأمان التي مرت، ولا يلزمنا قولنا: إنّ المرأة إذا رضيت كان للأولياء حقّ الاعتراض [أو رضي الولي][٢] فللمرأة حق الاعتراض لأن الكفاءة للولي ثبتت حقاً له لصيانة النسب، لأن الصهر بمنزلة النسب فيلحقهم [العار][٣] بانتساب زوجها إليهم بالمصاهرة وهو دونهم.

ويثبت[٤] للمرأة صيانة لنفسها حتى لا يستفرشها من دونها فكانا حقين، فسقوط أحدهما لا يدل على سقوط الآخر كشفعاء يثبت لهم الحق في الشقص ببيع واحد ليصون كل واحد ملكه عن الدخيل فإبطال أحدهم لا يبطل حقّ الآخرين.

وكذلك الواحد عندنا يُقتص بالجماعة لأن القتل مما لا يتجزئ ثبوته، فإذا قتلوه جملة حتى أضيف إليهم اسم[٥] القتل ولم يمكن إثباته أجزأ ثبت كملاً وإذا كان كل واحد منهم قاتلاً كاملاً لم يبق لأحد حقّ.

وأمّا الجواب عن فرقه بين الإنكاح وإسقاط حقّ الكفاءة: فإن باب الإنكاح مما لا يجوز أن يسقط بنيابة الغير بلا ولاية، فإنّ الأجنبي[٦] لو ناب لم يصح بخلاف قضاء الدين، ولأن المرأة إذا طلبت التزويج من كفؤ من[٧] واحد منهم ألزم كما لو لم يكن معه غيره، وفي باب الدين لا يلزم الواحد الإيفاء كله بمال

[١] «أ»، «ن»، «ص» (وإسقاطا).
[٢] ما بين [ ] ليس في «س» والمثبت من «أ»، «ن»، «ص».
[٣] ما بين [ ] ليس في «س» والمثبت من «أ»، «ن»، «ص».
[٤] «ن»، «ص» (وثبت).
[٥] «أ» (باسم).
[٦] «ص» (الآخر).
[٧] «ن» (عن).

ويبطل[١] بمسألة الأمان ولا يلزم على شيء مما مرّ رجل قذف أم أولاد حتى لزمه حد القذف ثم إنّ بعض الأولاد صدقه أو جاء بما يبطل الحد لم يبطل حقّ الباقين وإنّه قذف واحدٌ أوجب حداً [واحداً][٢] وولاية الاستيفاء ثبتت كملاً لكل واحد[٣] بسبب كامل وهو الولاد لأن حدّ القذف لا يجب للميت عندي لأنه لا يورث عندي، وإنما يجب لهم[٤] ابتداء لأن القذف بالأم تناولهم في أنفسهم على ما عرف في موضعه فصار[٥] بمنزلة ما لو[٦] قذف جماعة بامرأة واحدة فإنه يلزمه حدود ولكن تتداخل فلا يستوفي إلا واحدٌ بمنزلة من قتل جماعة، فسقوط الحدّ لواحد لا يوجب سقوط الآخر ولأنّ الحدّ عندنا لا يسقط بعد الوجوب بإسقاط المقذوف وإنما بالتصديق يتبين أنه لم يجب ومن قذف جماعة ولم يجب لبعضهم لم يمتنع الوجوب للباقين، والله أعلم.

|٥٦٥| مسألةٌ: قال علماؤنا رحمهم الله: ليس للوصي أن يزوج.

وقال مالك رحمه الله(٧): له ذلك بحقّ الوصاية لما مرّ أن ولاية النّكاح نظير ولاية التّجارة وإنها ثبتت[٨] للوصي فكذا هذه ولنا أنّ حق الإنكاح خالص حق للمولى[٩]

---

[١] «أ» (ويبطله).

[٢] ما بين [ ] ليس في «س» والمثبت من «أ»، «ن»، «ص».

[٣] في حاشية «أ» (بعض).

[٤] «أ» (لهما).

[٥] «ن» (فكان).

[٦] «ن»، «ص» (من).

(٧) انظر: المدونة (٢/١٠٩)، النوادر والزيادات (٤/٤٠٠ ـ ٤٠٣).

[٨] «ن»، «ص» (تثبت).

[٩] «ن»، «ص» (المولى).

عليه قِبل الولي على ما مرّ، والوصية إنما تصح بحق نفسه لا بحق غيره عليه، لأن القياس أن ينقطع بموته أمره إلا أن الشرع بقاه في حقوقه نظراً له.

ولا يلزم الوصية بقضاء الدين لأن القضاء يقع من ملكه وتمليك ملكه غيره حق المالك ولأن له حقّ البرآءة عن الدين وها هنا بالموت تقع البرأة[١] وكان نظير هذا القاضي [لا يملك][٢] أن يوصي بالقضاء إلى غيره لأن الحق في القضاء عليه لا له ولا يلزم الأب يوصي إلى غيره في مال اليتيم فيصح[٣] وذلك حق عليه لولده لأنّ وصيه لا يكون نائباً عنه في حق الولد بل يكون نائباً عن الولد ولكنه لا يتعين[٤] لتلك الولاية إلا بتعيين الأب والشرع جعل إلى الأب حقّ التّعيين لأنه باب بني على النظر والشفقة وحسن الرأي حتى لم يثبت للأخ لقصور شفقته.

وكان القاضي الذي تعين شرعاً للنظر أولى منهم، والأب أنظر الناس لولده ثم من يعيّنه الأب وذلك التعيين وجد منه حال حياته وقيام رأيه وولايته فيصح وكذلك الإمام الأكبر إذا مات واستخلف رجلاً صح لا بحكم[٥] النيابة عن الأول، ولكن لتعيينه [له][٦] بتعيين من جعل النظر إليه، وباب النّكاح لم يُبن على هذا على ما مر أن الأخ أولى بتزويج الصغير من الإمام الأكبر وإن تعين الإمام شرعاً للنظر دون الأخ فانتقلت ولاية المال إليه دون الأخ.

❁ فإن قيل: إنه يبطل بامرأة وكلت رجلاً بتزويجها وقالت: ما صنعت من

---

[١] «ص» (البرآءة).
[٢] ما بين [ ] ليس في «س» والمثبت من «أ»، «ن»، «ص».
[٣] «ص» (فيصير).
[٤] «ص» (معنى).
[٥] «ص» (بحق).
[٦] ما بين [ ] ليس في «س» والمثبت من «أ»، «ن»، «ص».

شيء فهو جائز فمات الوكيل[١] وأوصىٰ به إلىٰ رجل صح تزويج الوصي، والمسألة في الوكالة.

۞ قلنا: يصح بإذن الموكلة بقولها ما صنعت من شيء فهو جائز لا بولايته، وتعليلنا لفساد أمره بما عليه بغير إذن من له الحق، وكذلك الوصي عندنا يملك أن يوصي بحكم إذن ثبت من الأول دلالة كما إذا أوصىٰ في باب عمَّ[٢] الأبواب.

|٥٦٦| مسألةٌ: الولي الأقرب إذا غاب غيبة منقطعة ثبتت الولاية للأبعد.

وقال الشّافعي وزفر(٣): لا تثبت لأن الأبعد محجوب بولاية الأقرب وولايته لا تبطل بغيبته، كما في ماله وإنكاح أمته، ولأنه لو زوجها في غيبته [أو أختها][٤] صحّ.

ثم قال زفر: يوقف كما في ماله.

وقال الشافعي ﷺ(٥): تثبت للسلطان كما لو حضر وعضل لأن حقها يفوت من قبله في الحالين، وإنه حق عليه، ولما ثبت للقاضي ولاية إيفاء ما[٦] عليه من الحقوق إذا أمكنه صار القاضي بعد غيبته بمنزلة وكيله، ولو غاب وترك وكيلاً لم

---

[١] «ن» (الرجل).

[٢] «ص» (من).

(٣) انظر: الحاوي الكبير (٩/١١٢).

[٤] ما بين [ ] ليس في «ن»، «ص»، وفي حاشية «أ» (أي الأخت التي عند الأب الغائب، فعلم به بقاء الولاية).

(٥) انظر: «الحاوي الكبير» (٩/١١١)، «مغني المحتاج» (٣/١٥٧).

[٦] «ن» (ولاية إنعاما).

يثبت للأبعد ولاية فكذلك هذا[١].

ويدل عليه: أنّ الحق لما كان للمرأة وللقاضي ولاية إزالة الظلم عنها وإنما تصير هي مظلومة[٢] بتأخر حقها[٣] بسبب كان الولي فيه معذوراً أو غير معذور واحد فثبت[٤] للقاضي ولاية الإزالة في الحالين.

ولعلمائنا: أن نعلم أولاً أن هذا حق خالص للمرأة قبل الولي على ما مر في مسألة تزويج المرأة نفسها، وكذلك جميع الولايات التي تثبت للغير في حقوق الغير كلها أمانات موضوعة عند الولي نظراً للمولىّ عليه لقضاء حقوقهم من تلك التصرفات برأي الولي، والدليل على أنه خالص حقها أنها إذا طلبت النّكاح من كفؤ أجبر عليه، وإذا أبت لم تكره، ولأنها مالكة نفسها كالحرّ والنّكاح تصرف على نفسها ولنفسها إنما للولي في هذا الباب حق طلب كفاءة زوجها حتى لا ينسب إليهم بالمصاهرة[٥] من لا يكافئهم لا حق لهم في نفس النّكاح.

والخلاف في نكاح الكفؤ فإن القاضي عندهم لا يزوجها من غير كفؤ وبعد الكفاءة الحق كله للمرأة وأمرت بالاستيفاء من الولي نظراً لها لا إضرارا بها لأن الضرر لا يجب ابتداء شرعاً والنظر في حصول الحق لها[٦] من النّكاح بأوفر الوجهين وهو رأي الرجل، ثم الشرع طلب الأولى[٧] وهو الأقرب لأنه أنظر،

[١] «ن» (هاهنا).
[٢] «ن»، وحاشية «أ» (مطلوبة).
[٣] «ن»، «أ» زيادة: (والتأخر في حقها).
[٤] «أ» (فيثبت).
[٥] «أ» (في المصاهرة).
[٦] «ن»، «أ» (حقها).
[٧] «ن»، وحاشية «أ» (الولي).

وجعل الأبعد خلفاً عنه ليقضي حقها بالأصل ثم بالخلف على الترتيب عند الحاجة، والحاجة الحقيقية إذا طلبت وهي كبيرة، والحكميّة بحصول كفؤ يخطبها وهي صغيرة لما ذكرنا أن ذلك من مصالح الصغيرة، وأمر الشرع بأن لا يؤخر نكاح الكفؤ وإنما يصل إليها حقها من جهة الرأي[١] الأقرب لا بنفس الرأي بل برأي خاص[٢] تصل إلى حقها في نكاح الكفؤ، والوصول[٣] ينعدم بغيبة الرأي كما ينعدم بانعدام رأي الأقرب بالجنون وانعدامه أصلاً بالموت، ولما استويا في حقها صار الأبعد المشروع خلفاً عن الأقرب في إيفائها هذا الحق، كما تثبت بالموت والجنون، ولما ثبت شرعاً للأبعد[٤] لم تصر مظلومة فلا يجب على القاضي الإزالة، ونظير ذلك الماء مع الصعيد في طهارة الصلاة فإن العبد أمر باستيفاء الطهارة من الماء حقاً للصلاة حتى يكون بطهارة ونقل إلى الصعيد عند عدمه، وإنما يتأدّى حق الصلاة بإمكان المصلي استعماله عند الحاجة إلى الأداء، وذلك بماء طهور حاضر فصار عدم الإمكان ببعد الماء كالعدم بنجاسة الماء أو عدمه أصلاً فانتقل حق الاستيفاء إلى ما أقيم مقامه عند عدمه، وكذلك الله تعالى جعل نفقة الإنسان [على نفسه][٥] من ماله الطيب وعند العدم من مال الصدقات، وإنما جعل أولاً من ماله نظراً لصاحب المال ليستوفي حاجته من أطيب المالين وذلك لا يكون إلا بمال مملوك له حاضر فإذا بعد عن ماله كابن السبيل حل[٦]

---

[١] «أ» (رأي).

[٢] في حاشية «أ» (حاضر).

[٣] «أ» (والأصول).

[٤] «س»، «ص» (للإنعدام) والمثبت من «أ»، «ن».

[٥] ما بين [ ] ليس في «س» والمثبت «أ»، «ن»، «ص».

[٦] «ص» (جعل).

الأخذ من الصدقة القائمة مقام ماله كما لو حضر المال ولا ملك كمال[١] المكاتب أو هلك المال أصلاً.

وكذلك كل حكم علّق بوصفين ينعدم بانعدام أيهما كان فلما[٢] وضع حق الانكاح عند الأقرب برأيه المنتفع به للمراة عند الحاجة لم يبق الوضع إذا لم يبق الرأي منتفَعاً به لها عند حاجتها، وإن كان الرأي في نفسه منتفعاً به كالماء الطهور البعيد عن المريد للصلاة وعلى هذا حق النفقة، فإن الأقرب إذا غاب بماله ولم يقدر عليه ضُربت النفقة على الأبعد وجعل كأن الأقرب مات [أو حصر][٣] وذهب ماله لأن التمكن من النفقة يزول بالبعد في حق المحتاج وكذلك حق الحضانة [هي][٤] للأقرب فالأقرب[٥] فإذا غابت القربى طلبت من البعدي وهذا بخلاف ما إذا أحضر وعضل لأن العلة رأي حاضر وقد وجد إلا أنه يمنعها بغير حق فالقاضي يزيل ذلك المنع بالنيابة، كماء حاضر في حق المصلي للمصلي وآخر يمنعه بغير حق فإن على السلطان أن يزيل المنع ولا يحل [له][٦] التيمم ما لم يستعن[٧] بالسلطان ويقع[٨] العجز عنه.

فأمّا ههنا: فلم يوجد من الولي منع بوجه، ولكن انعدم الوصف الذي به

---

[١] في حاشية «أ» (كملك).
[٢] «ص» (قلنا).
[٣] ما بين [ ] ليس في «س» والمثبت من «أ»، «ن»، «ص».
[٤] ما بين [ ] ليس في «أ».
[٥] «ن»، «ص»، وحاشية «أ» (للقربى فالقربى).
[٦] ما بين [ ] ليس في «س» والمثبت من «أ»، «ن»، «ص».
[٧] في حاشية «أ» (يسع).
[٨] «ص» (ويبعد).

وضع الحق عند ذلك الرأي فلا يمكن استيفاء حق من الرأي إلا برأي حاضر في أصل الوضع.

ولأنّ حقّ الانكاح أمانة وحق على الولي ويسقط عنه بزوال إمكان الاستيفاء منه فمتى زال بمنعه وهو متعد فيه لا يستفيد به الخفة فلا يسقط ومتى زال بسبب مباح سقط على ما عرف.

وأمّا قوله: لو زوّجها في غيبته أو أختها يجوز فلأن الرأي حاضر في حق الأخت وإذا زوجها فقد حصل الانتفاع بالرأي مع البعد وبعدم الانتفاع يزول إلا أنه انتفاع يقع اتفاقاً لا قصداً وحقها إنما يتوفر بقصدها إليه عند الحاجة فلم يعتبر ذلك الاتفاق[١] في إبقاء[٢] الحق عند القصد، والله أعلم.

|٥٦٧| مسألةٌ: الفاسق يكون ولياً في النّكاح.

وقال الشّافعي ﵀(٣): لا يكون.

والمسألة من حيث المعنى مرت في الشهادات في أنّ الفاسق له شهادة.

ونتكلّم ها هنا من حيث السنّة:

احتجَّ الشافعي: بما روى عن النبي ﷺ أنه قال: «لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل»(٤)، وعدلٌ يصلح صفة للجماعة فيلحق بالكل، وقال: «لا نكاح

[١] «س»، «أ» (الاتفاقيّ)، «ص» (الإيفاء)، والمثبت من «ن».

[٢] «ص» (إيفاء).

(٣) انظر: «مختصر المزني» (٨/٢٦٦)، «الحاوي الكبير» (٩/٦٢ ـ ٦٣).

(٤) سبق تخريجه.

إلا بولي مرشد»(١).

واحتج علماؤنا: بما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «لا نكاح إلا بولي»(٢)، والمطلق لا يحمل على المقيد فيعمل بهما جميعاً فيصير المطلق ولياً أصلاً، والمقيد وليّا[٣] احتياطاً وكذلك الشهود على هذا، والله أعلم.

|٥٦٨| مسألةٌ: المولى يزوج عبده كرهاً عندنا.

وقال الشافعي رحمه الله(٤): لا يزوجه لأن الملك بهذا النكاح يقع للعبد لا نصيب للمولى فيه، فيصير متصرفاً له على سبيل النيابة عنه وهذه الولاية لا تستفاد بملك اليمين وجانب المهر ساقط العبرة لإثبات ولاية النكاح لأن صحته لا تتعلق به.

ولنا: أن المولى يملك رقبته فيملك إنكاحه قياساً على الأمة ورقبة نفسه أو يملك بيعه فيملك إنكاحه لأن كل واحد من التصرفين يملك بملك الرقبة فيكون ولاية بحق الملك لا على سبيل النيابة عن أحد.

---

(١) رواه البيهقي في السنن الكبرى (١١٢/٧) برقم: (١٣٧٦٧) كتاب النكاح، كتاب النكاح ـ جماع أبواب ما على الأولياء وإنكاح الآباء البكر بغير إذنها ـ باب لا نكاح إلا بولي موقوفا على ابن عباس، ورواه من حديث عبيد الله بن عمر القواريري، ثنا عبد الله بن داود، سمعه من سفيان، ذكره عن ابن خثيم، عن سعيد بن جبير عن ابن عباس رضي الله عنهما عن النبي ﷺ بلفظ: «لا نكاح إلا بإذن ولي مُرشد أو سلطان» وقال: تفرد به القواريري مرفوعا، والقواريري ثقة، إلا أن المشهور في هذا الإسناد وقفه على ابن عباس.

(٢) سبق تخريجه.

[٣] «ن» (وليا مرشدا).

(٤) انظر: «الأم» (٤٥/٥)، «الحاوي الكبير» (٧٤/٩).

وبيانه: أنّ الإنكاح بحق الملك لا يستفاد بملك ما[١] يستحق بالنّكاح ، فإن الزوج لا يملك الإنكاح

وإن كان مستحقاً لملك النكاح على المرأة ، والمرأة تنكح نفسها أو وليها بإذنها وهي لا تملك ملك النكاح على نفسها من الاستمتاع وكذلك الرجل لا يملك الاستمتاع بنفسه ويُنكح نفسه.

فثبت أن هذه الولاية بحق الملك لا تستفاد من ملك ما يستحق بالعقد بل تبعاً لملك الرقبة. ألا ترى أنه إذا اشترى أخته من الرضاعة لم يملك التمتع بها ويملك تزويجها. فإذا صار قدر ما يتناوله النّكاح من الشخص تبعاً لملك الرقبة في الولاية ساوى البيعُ النّكاح والعبدُ الأمة.

وقولهم: بأن الملك يقع[٢] للعبد دليلنا ، لأنّ الملك يقع على الأمة وملك إنكاحها بملك الرقبة وإن لم يملك التمتع بها فثبتت[٣] الولاية بملك الرقبة والملك عليها فلأن يثبت على العبد والملك يقع له أولى ، لأن الأول[٤] مضرة وهذا منفعة.

❊ فإن قيل: ما يستحق على الأمة فهو في حكم المملوك له بدليل أنّ البدل للمولى فصار تصرفاً بحق الملك وما يستحقه العبد يخلص له بدليل أن البدل عليه.

❊ قلنا: المقصود من النّكاح من نحو الازدواج وقضاء الشهوة والمساكنة

---

[١] «أ» (لا).

[٢] «ن» (تبع).

[٣] «س» (فيثبت)، والمثبت من «أ»، «ن»، «ص».

[٤] «ص» (الأولى).

تخلص للأمة كما يخلص للعبد، والأمة تملك حقوق النّكاح من المطالبة بالجماع والعدل في القسم[١] والنفقة كما يملك العبد.

وكذلك ما يجب على الزوجين نحو التمتع من الجماع المستحق لكل واحد منهما على صاحبه يقع مشتركاً ويقع على الشخص المملوك، فثبت أنهما لا يفترقان فيما يظهر من الاستحقاق لهما وعليهما وإنما يفترقان بملك حكمي يقع على المرأة دون الرجل على ما عرف[٢] في مسائل حكم النّكاح[٣]، وأنه يقع على الأمة للرجل بالمهر فلم يجز أن تمتنع الولاية لذلك الملك لما ذكرنا أنه في الولاية تبع لملك الرقبة فلا يبقى له حكم نفسه ولأنه لا يجوز أن يمتنع لما يقع على العبد من المهر في عوضه، لأن المولى يملك إيجاب الدين على عبده بالإقرار، وكذلك النّكاح[٤] لا يتعلق نفاذه بالمهر على ما مرّ أنه يصح مع شرط نفي المهر، ولا يجوز أن يمتنع لما يقع للعبد لأنه بدون المهر يبقى نفعاً محضاً وولاية النفع المحض تثبت بثبوت[٥] ولاية الحفظ والتحصين وولاية التربية على أصولنا، فإن الأم تقبل الهبة لولدها الذي في حجرها، ولأن المولى يعزر عبده بالإجماع ويحدُّ على أصل الشافعي لما فيه من التحصين عن الموبقات وإن كان في نفسه ضرراً لا يلزم المال بنفس المالية من نحو البهائم، وإنما يجب بحقّ أنّه نفس مخاطبة والمولى يملك ذلك لأنه تحصين للمالية الثابتة في الرقبة فلأن[٦]

[١] «ن»، «ص» (القسمة).

[٢] «ص» (ما نبيّنه).

[٣] «ص» (إن شاء الله تعالى).

[٤] «س»، «أ»، «ص» (ولأنّ ولاية النّكاح)، والمثبت من «ن».

[٥] «س»، وحاشية «أ» (سبب ثبوت) والمثبت من «أ»، «ن»، «ص».

[٦] «أ» (فكان).

يملك الإنكاح[١] وفيه تحصين عن الزنا بسبب فيه إقامة شهوة العبد أولىٰ، ولأنّ الإمهار أحد[٢] شطري النّكاح فيملك بملك الرقبة كما في ملك جانب الأمة[٣]، والله أعلم.

|٥٦٩| مسألةٌ: للولي أن يزوج وليته من نفسه بنفسه وحده، وكذلك الواحد يستقيم أن يكون وكيلاً من الجانبين جميعاً.

وقال الشافعي(٤): لا يجوز ذلك بالسنّة: وهو ما روي عن النبيّ ﷺ أنه قال: «**كلّ نكاح لم يحضره أربعة فهو سفاح خاطب وولي وشاهدا عدل**»(٥) فاشترط ذلك كله احتياطاً لأمر النّكاح بالتشهير وبأسباب الصيانة، فإن الصيانة في أن يكون الولي غير الزوج أكثر، فإن الإنسان في حق نفسه مسامح، ولأنه في حق نفسه متهم، والمتهم لا تثبت له الولاية على الغير شرعاً علىٰ سبيل النظر.

ألا ترىٰ أني لم أثبت للأخ ولاية في حال الصغر للتهمة حتىٰ يزول برأي المرأة والتهمة فيما يعقد بنفسه لنفسه أصلية فتسلب أصل الولاية[٦] كالفسق علىٰ أصلي وفي باب الأخ إذا زوج غيره تهمة احتمال.

---

[١] «ن» (النكاح).

[٢] «ن» (إحدىٰ).

[٣] «ن» (المرأة)، وفي حاشية «س»، «أ» (ولأنّ الإمهار أحد شطري العقد فيملكه المولىٰ بملك الرقبة كتمليك البضع في جانب الأمة من المبسوط).

(٤) انظر: «مختصر المزني» (٨/٢٦٦)، «الحاوي الكبير» (٩/١٢٨).

(٥) سبق تخريجه.

[٦] «ن» (الولادة).

وكذلك الوصي[١] لا يشتري مال اليتيم لنفسه إلا أن يزيد في الثمن على أصل أبي حنيفة رحمه الله وعند غيره لا يصح لأنه متهم في حقّ نفسه، والأب يشتريه بلا شرط زيادة لأنه غير متهم في نفسه فكذلك في باب النّكاح.

ووجه آخر: أن من تصدّىٰ لركن في باب النّكاح لم يتصد لركن آخر كالشاهد لا يجوز أن يكون ولياً وهذا لأنّ الشرع أمر بالأربعة صيانة لباب النّكاح، والصيانة التي تحصل بالأربعة لا تحصل بالثلاثة وهذا باب بني علىٰ الصيانة.

ولعلمائنا: قول الله تعالىٰ: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا۟ فِى ٱلْيَتَٰمَىٰ فَٱنكِحُوا۟ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ﴾. وقد ذكرنا أنها وردت في إنكاح الولي اليتيمةَ من نفسه، واحتجوا أيضاً بأن النبي عليه السلام[٢] أعتق صفية ثم تزوجها[٣](٤) إلا أنه يقول: بأنا[٥] نجيز للمعتق أن يتزوج[٦] مولاته.

والخلاف وقع في شروطه ولا ذكر له فيه، وهذا كما يقال: خرج فلان إلىٰ السّوق فاشترىٰ عبداً لا يدل هذا علىٰ أنّه عقده[٧] وحده.

وروي أنّ رجلاً خطب امرأة فقال رسول الله ﷺ للمرأة: أتريدين أن أزوجكِ إياه فقالت: نعم، وقال للرجل: مثل ذلك، فقال: نعم، فقال النبيّ عليه السلام:

---

[١] «ن» (ولذلك الولي).

[٢] «ن» (واحتجوا بما روي أنّ رسول الله).

[٣] «ن»، وحاشية «أ» (فتزوجها).

(٤) رواه البخاري (٥١٦٩)، ومسلم (١٣٦٥)، عن أنس بن مالك رضي الله عنه.

[٥] «أ» (إنّا).

[٦] «ص» (يزوّج).

[٧] «أ»، «ص» (عقد).

«زوجتكها»(١) ولم يرو غيره، فثبت أنّه نكاح تام من الوكيل من الجانبين.

وروي أن النبي ﷺ: زوّج بنت عمه حمزة عمر بن أم سلمة وكانا صغيرين(٢)، فثبت أنه جائز. وروي عن علي رضي الله عنه أن رجلاً تزوج بنت عمه وهي صغيرة فقال له علي: «خذ بيد امرأتك»(٣).

وروي عن ابن الزبير مثله(٤) والمعنىٰ في المسألة أنّ العاقد في النّكاح لغيره معتبر فيملك العبارة عن العاقدين قياساً علىٰ الأب يشتري مال [ولده][٥] الصغير لنفسه بنفسه، وهذا لأن المفاوضة[٦] وإن كانت بين اثنين في الأصل إيجاباً وقبولاً وتمليكا وتملكاً فالواحد يصلح أن [يكون][٧] يقوم مقامهما إيجاباً وقبولاً علىٰ سبيل العبارة عنهما لأنه كلام والواحد يقوم مقام الجماعة في النيابة عنهم في الكلام فاستقام أن يعبر عن هذا وعن هذا فيقوم مقام شخصين.

ولا يلزم البيع لا ينعقد بوكيل[٨] واحد من الجانبين لأن الوكيل في باب البيع عندنا بمنزلة المالك لأن الحقوق تثبت له كأنه اشترىٰ لنفسه أو باع مال نفسه

---

(١) رواه أبو داود في «سننه» (٢١١٧)، وابن حبان (٤٠٧٢)، والحاكم في «مستدركه» (٢٧٤٢)، وقال: «هذا حديث صحيح علىٰ شرط الشيخين، ولم يخرجاه».

(٢) رواه البيهقي في السنن الكبرىٰ (١٢١/٧) برقم: (١٣٨١٠) كتاب النكاح ـ جماع أبواب ما علىٰ الأولياء وإنكاح الآباء البكر بغير إذنها ـ باب ما جاء في إنكاح اليتيمة وقال: هذا إسناد ضعيف، وليس فيه أنها كانت صغيرة، وأبو داود في المراسيل برقم (٢٢٢/٧) برقم (٥٤٣).

(٣) سبق تخريجه.

(٤) سبق تخريجه.

[٥] ما بين [ ] ليس في «أ».

[٦] «أ» (المعاوضة).

[٧] ما بين [ ] ليس في «ن»، «ص».

[٨] «أ» (توكيل).

فلم يستقم أن يجب له عليه فيتضاد حتىٰ إذا كان رسولاً صح بالواحد لأن الحقوق ترجع إلىٰ المرسل فيبقىٰ هو معبّراً محضاً، وفي النّكاح الحقوق ترجع إلىٰ الزوجين وكيلاً كان العاقد أو رسولاً فصار الوكيل معبراً [محضاً][1] كالرسول فلم يقع التضاد إذا لم يقتصر حكم العبارة عليه ورجع إلىٰ الزوجين فالتضاد في الكلام لا يعتبر بصورته بل بحكمه.

ولا يلزم الكتابة فإنّها لا تنعقد بالواحد وإن كانت الحقوق ترجع إلىٰ الموكل لما روىٰ محمد بن سماعة عن محمد بن الحسن ﷺ أنها تنعقد بالواحد ولأن صحة الكتابة تتعلق بالتسمية، وهو[2] في التسمية غير معبر لأنه لم يذكر له أمر التسمية وحقّ العبد في النقصان وحق المولىٰ في الزيادة فلم يملك الأمرين جميعاً برأيه، وكذلك وإن سمىٰ له المال لأنّه يملك الزيادة علىٰ ما سمىٰ له من جانب المولىٰ من عند نفسه لا يحق العبارة عنه[3] ومن جانب العبد يملك النقصان من عند نفسه، فيضاد حكم ملك التسمية فلم يصح، فأمّا النّكاح فصحته لا تتعلق بالتسمية فإن لم[4] يملك أمر التسمية لمعنىٰ التضاد لم ينعزل عن ولاية العقد وهو يصح بلا تسمية ولا يلزم شراء الأب من ولده فإنه يصح والحقوق تلزمه لأنه يصح علىٰ طريق أن العهدة[5] من جانب الولد ترجع إلىٰ الولد ويبقىٰ الأب معبراً عنه حتىٰ إذا بلغ الولد ملك مطالبة أبيه بالثمن ولا يملك فيما إذا باع من ماله لغيره وتقديره عندنا أنه أذن لابنه ثم اشترىٰ منه ثم جُنّ الابن فينوب عنه

[1] ما بين [ ] ليس في «ن»، «ص».

[2] «ن» (وهي).

[3] «ص» (عنهم).

[4] «ن»، وحاشية «أ» (وإن لا)، «ص» (فإنّه لا).

[5] «ن» (العهد)، «ص» (العبد).

الأب في استيفاء حقوق عقده لا أن يستوفيها بحكم عقده فجاز علىٰ أنه معبر.

وأما ها هنا، فالشرع عيّن الثمن وهو العدل والأب لا يملك النقصان عنه ويملك الزيادة فلم يتضاد حكم ملك التسمية.

فأما الجواب عن الخبر: أنه بيان من رسول الله لأصل النّكاح والخلاف في أن الواحد إذا صار خاطبا بسبب ووليّاً بسبب آخر هل يقوم مقام شخصين وهذا كما قيل في الميراث: إن للزوج النصف

ولابن العم ما بقي ولو اجتمع الوصفان في الواحد أخذ ميراثهما[١] جميعاً.

والجواب عن فصل التهمة ما مر أنّ[٢] التهمة لا تسلب هذه الولاية ولهذا أثبتناها للفاسق، وعن الأخير أن الشاهد ما تصدىٰ لركن وإنما تصدىٰ لشرط ولأنا[٣] نقول له: لا يتصدىٰ لركن آخر يتصور منه أو لا يتصور فلا بد أن يقول لركن آخر يتصور منه ولا يوجد[٤] هذا الوصف في الشاهد فإنه متىٰ عقد لم يتصور شاهداً علىٰ فعل نفسه، فإن الشاهد من شهد علىٰ غيره أو لغيره، وقد تصوّر أن يكون ولياً للمرأة وخاطباً لنفسه، فكذلك يستقيم أن يعبر عن شطري العقد كما في البيع.

وقد ذكر في الجامع الصغير في رجل أمر رجلاً بأن يزوج ابنته الصغيرة وهناك رجل آخر فزوجها والأب حاضر أيجوز شهادة الزوج علىٰ النّكاح، قال: نعم(٥)، والله أعلم.

---

[١] «ص» (منزلتهما).

[٢] «ن»، وحاشية «أ» (من أنّ).

[٣] في حاشية «أ» (ولا).

[٤] «ن»، وحاشية «أ» (يجد)، «ص» (يحكىٰ).

(٥) «الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير» (ص: ١٧٢).

|٥٧٠| **مسألةٌ**: قال أبو حنيفة ﷺ: للولي في تمام مهر مثل المرأة حق[١]، وقالا: لا حق له فيه، وإنما تتبين المسألة في المرأة إذا زوجت نفسها بدون مهر مثلها كان للولي حق الفسخ إلا أن يبلغ بها مهر مثلها.

وقال أبو يوسف ﷺ: ليس له ذلك.

وعلىٰ قول محمد ﷺ: لا يتصور ها هنا، وإنما يتصور فيما إذا طلبت التزويج من الولي بكفؤ بدون مهر مثلها لم يجبر الولي عليه عند أبي حنيفة.

وعندهم[٢] يجبر، قالوا: لأن المهر خالص حق المرأة إيجاباً وبقاء لا حق للولي فيه. ألا ترىٰ أنها إن شاءت استوفت وإن شاءت وهبت بخلاف الكفاءة لأنه معنىٰ يرجع إلىٰ النّسب وللأولياء حقّ في النّسب.

ولأبي حنيفة: أن الناس كما يعدون فضل النسب شرفاً فكذلك يعدون زيادة المهور شرفاً، ويقع التفاخر بها في عادات النّاس والشرع ما نهانا عن طلب مهر المثل فلم يتبدل حكم العادة بالشرع بل تقرر عليه به فكان للولي حق طلبه كما يطلب الكفاءة.

۞ فإن قيل: قد ندبنا الشرع إلىٰ رخص الصداق ولم يندبنا إلىٰ ترك الكفاءة، ولذلك[٣] رسول الله ﷺ لم يضع بناته في غير الأكفاء وزوجهن بأدنىٰ الصداق فإنه ما زاد علىٰ أربع أفراق[٤] ونشّ(٥) ومهورهن كانت فوق مهور سائر

---

[١] «ص» (عند أبي حنيفة).

[٢] «ن»، وحاشية «أ» (وعندهم جميعا)، «ص» (عندهما).

[٣] «ن»، «ص»، وحاشية «أ» (وكذلك).

[٤] «ن»، «ص»، وحاشية «أ» (أواق).

(٥) النش: النصف من كل شيء. انظر: النهاية في غريب الحديث (٥/٥٦).

النّساء لأنّ الزيادة بقدر الشرف ولم يزل الشرف كان لقريش.

۞ قلنا: إنّ الرخص مندوب إليه وطلب تمام مهر المثل مباح، وكذلك المندوب في الإسلام أن يضع الرجل كريمته[١] عند الأكرم عند الله وإن كان دونها في النسب.

وعمر رضي الله عنه: أخبر أنّه لم يبق شيء من أفعال الجاهلية إلا أنا لا نضع بناتنا في غيرنا(٢)، وطلب من سلمان الفارسي أن يزوجه ابنته فأبى عليه خوفاً على نفسه العجب(٣)، إلا أن رسول الله وجد الأكرم عند الله في أكفاء بناته فلذلك لم يضع في غير قريش، والله أعلم.

ولأنها إذا زوجت نفسها بأدنى صداقها تضرر به نساؤها إذا احتيج إلى تعرّف[٤] مهر مثل واحدة منهن فإنها تصير من جملة من يعتبر بمهرها أيضاً.

وفي باب الكفاءة نسب أولادها لا يلتحق بهم فلا يضرهم نسبا[٥]، إنما يقتصر الضرر على غضاضة تلحقهم بذلك من حيث العادة لا الدين، وتلك الغضاضة تلحقهم في باب المهر بخلاف البقاء بعد التسمية، لأن الأولياء لا يشتغلون بذلك عادة.

---

[١] «ن»، «ص»، وحاشية «أ» (ابنته).

(٢) رواه عبد الرزاق في «مصنفه» (١٠٣٢١)، وابن أبي شيبة في «مصنفه» (٢٧٤٢) بلفظ: «ما بقي من أخلاق الجاهلية شيء إلا أني لست أبالي أي المسلمين نكحت وأيهم أنكحت».

(٣) رواه عبد الرزاق في «مصنفه» (٥٣٩)، وسعيد بن منصور في «سننه» (٤٠٧٢)، وابن أبي شيبة في «مصنفه» (٢٧٤٢)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (١٣٧٦٧).

[٤] «ص» (ما يعرف).

[٥] «ن» (شيئا).

وإنما حقهم في أصل التسمية والشرف بها يقع، فأما الاستيفاء بكماله فضرب من اللوم في العادات وينشدون في المسألة قول المرأة في ولادتها ابنة[١]:

وما عليَّ أن تكون جارية ❊ تمشط رأسي وتكون غالية

حتى إذا ما بلغت ثمانية ❊ زوجتها مروان أو معاوية

أزواج صدق بمهور عالية(٢)

افتخرت بشرف الزوج وغلاء المهر، وكيف لا يعتبر والمهر في النّكاح بمنزلة القيمة في باب الأموال، والتشرف[٣] يقع بزيادة القيمة للمال، فكذلك في النّساء بزيادة المهر أكثر ما يقع التشرف[٤] للمرأة بشرف الزوج ثم شرفها يتصل بالولي بالنسب المتصل به، والله أعلم.

[٥٧١] مسألةٌ: ولي الصغير أو الصغيرة إذا أقر بالنّكاح لم يثبت إلا ببينة أو أن يبلغ الصغير فيصدقه [عند أبي حنيفة][٥]، وكذلك الوكيل إذا أقر على الموكل بذلك، وكذلك المولى إذا قال: زوّجت عبدي أمس لم يثبت إلا ببينة أو بتصديق العبد.

وقالوا جميعاً: يثبت النّكاح بالإقرار وعلى هذا الوكيل بشراء شيء غير عين إذا قال: اشتريت هذا الشيء لموكلي أمس، والثمن غير منقود إلى الوكيل وأنكر

---

[١] «ص» (بنتا).

(٢) انظر: محاضرات الأدباء للأصفهاني (١/٣٩٦ ـ ٣٩٧).

[٣] «ن»، «ص»، وحاشية «أ» (والشرف).

[٤] في حاشية «أ» (الشرف).

[٥] ما بين [ ] ليس في «س»، «أ»، «ن»، والمثبت من «ص».

الموكّل لم يصدق عند أبي حنيفة ﷺ وعندهم يصدق، وذهبوا في ذلك إلىٰ أنه إقرار بما ملك فينفذ كما إذا أقر بملكه أو الوكيل بالبيع إذا أقر بالبيع، وكذلك الوكيل بشراء شيء بعينه، وكذلك الشريك شركة عنان إذا أقر بالشراء أو أنكر الشريك ثبت.

وكذلك الإقرار من المولىٰ بإنكاح الأمة وإنما قلنا: إنه إقرار بما ملك لأن ما يجب بهذا الإقرار علىٰ الغير للغير[١] صار مملوكاً له إيجابه لما صار[٢] له هذا التصرف الذي أقربه، ولا يلزم الوصي يقر بالاستدانة علىٰ الصغير فإنه لا يصح وإن ملك الاستدانة لأن الاستدانة قبض مال مضمون لأن تمامها بالقبض فكان المملوك [له][٣] بالولاية إيجاب ضمان مال بمال لا بقول، وموجب الإقرار ضمان في ذمة اليتيم بالقول فلم يكن هذا الحكم هو الذي يجب بالتصرف المملوك له بل كان بمنزلة ضمان الكفالة فكان غير الذي ملكه، وكان [هذا][٤] بمنزلة الوكيل بالشراء إذا قال: اشتريت وهلك عندي وأراد الرجوع بالثمن لم يصدق لأن المملوك له بالوكالة ثمن لعبد عين فإنه ما لم يتعين لم يجب الثمن، والآن يلزمه ثمن بلا عبد فكان غيره معنىٰ.

وكذلك لا يلزم علىٰ هذا رجل يقول لآخر: ما بايعت[٥] فلانا فهو عليّ، فإنه يملك أن يبايعه ويرجع عليه بالضمان، ولو أقر فقال: بايعته لم يرجع عليه

[١] «ن» (للغير علىٰ الغير).

[٢] «ن»، «ص» (صار مملوكا).

[٣] ما بين [ ] ليس في «س»، «ص»، والمثبت من «أ»، «ن».

[٤] ما بين [ ] ليس في «س»، والمثبت من «أ»، «ن»، «ص».

[٥] «أ»، «ص» (بعت).

وإن صدقه فلان يعني المشتري لا الكفيل لأن[١] لهما ملك المبايعة على أنفسهما لا على الكفيل لأنهما ليسا بوكيلين عنه فيها فالمبايعة بإقرارهما تثبت بقدر الملك عليهما، ولا تثبت في حق الوكيل[٢] فلا يجب عليه ضمان، فأما[٣] إذا ثبتت المبايعة معانيه ثبتت في حق الكل، وهذا كالمشترى يقر بما اشترى أنّه لفلان لا يرجع بالثمن لأن الاستحقاق ثبت بإقراره ولا ولاية له على البائع فلا يثبت الإقرار في حقه[٤] حجة فلا يثبت الاستحقاق في حقه وكلامنا في إقرار عن ولاية وملك ذلك التصرف على المتصرف عليه بولاية شرعية.

ولأبي حنيفة رضي الله عنه: أن هذا إقرار على الغير فلا يلزمه إلا بحجة أخرى هي حجة على الغير كإقرار الوصي بالاستدانة على اليتيم وإقرار المتبايعيَن بالمبايعة في حق ضمان الكفيل وإقرار المشتري بما اشترى لرجل ثالث في حق البائع.

وإنما قلنا إنه إقرار على الغير لأن المستحق بهذا الإقرار لا يلزم المقر متى ثبت ببينة أو تصديق المقَر له[٥] عليه وهذا لا إشكال فيه، فإنهم أجمعوا[٦] على أنّ الإقرار حجة قاصرة على المقر لا يعدوه إلا بدليل، والشبهة في الدليل فإنهما جعلا ولاية التصرف على الغير دليلاً على ما زعما.

والجواب عنه: أنّ الدّاخل تحت ولايته عقد بشهود[٧] فإنه لو عقد بغير

[١] «ص» (وإن صدقه فلان إلا ببينة أو إقرار الكفيل كان).
[٢] «أ»، «ص» (الكفيل).
[٣] «ن» (كما).
[٤] «ص» (نفسه).
[٥] «ص»، «أ» (عليه).
[٦] «ن» (فإنّه إجماع)، «ص» (وبالإجماع).
[٧] «ن» (شهود).

شهود لم يصح والظاهر بالإقرار عقد بلا شهود لأنّ الشّهود ليسوا من جملة ما ملك من التصرف ليثبتوا بإقراره أنّ العقد كان بشهود وهذا كما[١] ذكرنا في الاستدانة أنه لا يصح الإقرار[٢] بها على اليتيم وإن مُلك للحال لأن الضمان للحال يلزم الصبي بمال، والمال غير ثابت بإقراره فيصير غير ولي بقدر ما ظهر.

❊ فإن قيل: إنّ الشهود في النّكاح ليسوا بركن إنّما هم شرط لابتداء العقد وعند الإقرار لا عقد وإنّما يثبت حكمه فيعتبر قيام الحكم حال الإقرار على الوصف الذي يكون حال العقد ابتداء الذي هو مملوك له.

والحكم[٣] في النّكاح والشراء تملّك شيء بشيء على وصف، وعند الإقرار ذلك الحكم ثبت على الوصف الذي يعقد ابتداء فكانت الولاية باقية، وفي الاستدانة الحكم عند الابتداء ضمان في الذمة بمال عين باليد لأنّ الضمان يجب بالقبض لأنّ تمام العقد به.

وعند الإقرار ضمان بالقول كضمان الكفالة فكان غير ما ملكه، فثبت أن المعتبر حال الإقرار قيام حكم ما أقر به على صفة الابتداء لا بشروط السبب لأنّ الثابت بالإقرار حكم السبب إذا صدق لا ابتداء السبب، ألا ترى أنّ المرأة إذا أقرت على نفسها بالنّكاح ثبت بلا بيّنة فهذا سرّ المسألة ومزلّ القدم.

والجواب الذي حضرني عنه: نعم أنّ الثابت بالإقرار حكم السبب، ولكن الإقرار إنما يصير حجة بقيام الولاية، إما على نفسه أو على غيره والولاية على

---

[١] «ن»، وحاشية «أ» (لما).

[٢] «ص» (إقرار الموصي).

[٣] «ص» (والحكمة).

الغير ثابتة بتولية العقد، وتولية العقد بشرط الشهود فعند عدمهم يصير فاقداً الولاية كما لو ابتدأه فيبقىٰ إقرارا علىٰ الغير بلا ولاية بخلاف الإقرار علىٰ نفسه، فإن الولاية ثابتة بأصل الحرية لا بتولية العقد ليعتبر شرط العقد لثبوت الولاية والشبهة قائمة مع هذا، لأن الشهود شرط المباشرة بالولاية، والولاية ثابتة بالأخوة أو الأبوة[١] أو الوكالة، ولا يلزم أبا حنيفة الوكيل بالبيع إذا أقر علىٰ موكله بالبيع لأنّ البيع مطلقا كما يقرّ[٢] دخل تحت ملكه، وأما إذا أقر بنكاح عبده فهو إقرار لغيره وإنه لا يكون إقرارا وضعاً ويقدر ما يلزم العبد إقرار عليه ولا شك في الحكم أنه للغير[٣] وعليه، والشبهة في ملك العقد كما ذكرنا بخلاف الإقرار بنكاح الأمة، لأن المستحق بالعقد هو ملك الولي[٤] حتىٰ كان البدل له فكان إقرارا علىٰ نفسه، وأما الوكيل بشراء شيء بغير عينه ولم يكن الثمن مدفوعاً[٥] إليه إذا أقر بالشراء لم يصدق عند أبي حنيفة فلأن المملوك له بالتوكيل شراء عبد الغير، لأنه لا يملك أن يشتري من نفسه والإقرار يتناول عبداً هو في حكم ملكه لأن ظاهر اليد يشهد له. ولو ادعاه لنفسه كان القول قوله فصار محل العقد متبدلاً وإنه شرط كالشهود في النّكاح، فأما نفس الحكم فغير متبدل وهو تمليك عبد غير بثمن.

فأما إذا هلك العبد ثم ادعىٰ الشراء له فقد تبدل الحكم لأنه يلزمه ثمناً بلا عين، ولا يلزم إذا وكله بشراء عبد بعينه، فقال: اشتريته[٦] فإنه يصدّق لأن المحل

---

[١] «ن» (الأمومة).

[٢] «ن»، وحاشية «أ» (نصّ).

[٣] «ن»، وحاشية «أ» (للعبد).

[٤] «أ» (المولىٰ).

[٥] «ص» (والثمن غير مدفوع).

[٦] «ن»، «ص» (اشتريت).

عين بإشارة الآمر إليه وما تبدل، فأمّا غير العين فيعرف بوصفه وهو عبد موصوف بأنه عبد غير الوكيل.

ولا يلزم الشريك شركة عنان إذا أقر بالشراء، فإنه يلزم الشريك الآخر لأنه من حيث الإقرار بالشراء مقر على نفسه لأنه يملكه قبل الوكالة فيلزمه بحكم ملكه الأصلي، إلا أنه إذا ثبت صار مستحقاً بالشركة[١]، لأنه لا يملك الخروج عنها وإن قصد، وهذا جواب آخر عن فصل التوكيل بشراء [شيء][٢] عين أن الإقرار يصح بملكه على نفسه، إلا أنه متى ثبت صار مستحقاً بالوكالة، لأنه لا يملك غير ذلك إذا كان بثمن موافق للآمر ولا يلزم الوكيل بشراء شيء بغير عينه[٣] إذا كان الثمن مدفوعاً إليه، فقال: اشتريت ونقدت الثمن فإنه يصدق لأن الثمن كان عنده أمانة، وملك الخروج عنها بالدفع إلى بائع العبد فكان الخروج بذلك الوجه ملكاً له ولم يتغير شرطه فصح، وذلك يقتضي ضرورة أن يكون العبد للآمر فيثبت[٤] بناء عليه ضرورة. ألا ترى أنه يصدق ولو[٥] كان العبد هالكاً ولو لم يكن الثمن منقوداً لم يصدق في حال هلاك العبد، والله اعلم.

❊ ❊ ❊

[١] «ص» (بالوكالة).

[٢] ما بين [ ] ليس في «س»، والمثبت من «أ»، «ن»، «ص».

[٣] «ص» (بعينه).

[٤] «ن»، «ص»، «أ» (فثبت).

[٥] «ص»، «أ» (وإن).

فَصْــلٌ
فيما يتغيّر من الأحكام بالكفر[١]

|٥٧٢| مسألةٌ: قال أبو حنيفة ﷺ في مجوسيّ تزوج بمحرم ودخل[٢] بها لم يسقط إحصانه حتىٰ إذا أسلم فقذف وجب له الحد.

وقال صاحباه: لا يجب.

وكذلك علىٰ هذا إذا تزوج المطلقة ثلاثاً. وقال أبو حنيفة: لا يفرق بينهما بمرافعة أحدهما الأمر إلينا. وقالا: يفرق.

وكذلك إذا طلبت[٣] المحرم المنكوحة النفقة من القاضي فُرض عند أبي حنيفة. وعندهما لا يفرض.

وإذا طلق الذمي امرأته بعد الدخول ثم تزوجها آخر من ساعته، قال أبو حنيفة: النّكاح صحيح كما لو تزوجها بعد مضي المدة[٤].

وقال صاحباه: إذا رفع أحدهما الأمر إلينا أو أسلم والعدّة غير منقضية فرق بينهما، وبعد انقضاء العدة لا يفرق.

وكذلك قول الشافعيّ في ذلك كلّه(٥).

---

[١] هذا الفصل بأكمله غير موجود في «ص».

[٢] «ن» (فدخل).

[٣] «ن» (طلب).

[٤] «ن»، «أ» (العدّة).

(٥) «الأم» (٥/٦٠ ـ ٦١)، و«الحاوي الكبير» (٩/٣٠٣ ـ ٣٠٤).

وإذا تزوج بغير شهود فالنّكاح صحيح عندنا. وقال زفر بن الهذيل: فاسد كنكاح المحرم.

وإذا تزوج على أنّ لا مهر لها لم يجب المهر عند أبي حنيفة، وعندهما يجب.

وكذلك العدّة تجب عندهما بعد الفرقة، وعند أبي حنيفة لا تجب إذا لم يدينا بها.

أما زفر، فإنه يحتج بقول الله تعالى: ﴿وَأَنِ ٱحۡكُم بَيۡنَهُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ﴾ [المائدة: ٤٩]، وقال ﷺ: «لا نكاح إلا بشهود»[١]، وقال في أهل الذمة: «لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين»[٢].

والمعنى فيه أنّهم بالذمة صاروا منا داراً فيلزمهم حكم دارنا أيضاً، ولأنّ الذمة خلف عن الإسلام في أحكام الدنيا بدليل وقوع العصمة في حق الدّماء والأموال بالذمة مثل ما يقع بالإسلام وبوجوب الدعوة إلى الذمّة عند عدم الإجابة إلى الإسلام فيمن شرعت الذمة في حقهم، وإذا كان كذلك ثبت لهم ما للمسلمين

---

(١) لم أجده بهذا اللفظ، وقد قال الزيلعي في نصب الراية (١٦٧/٣): "غريب بهذا اللفظ" وهو يعني "لا أصل له"، وهو اصطلاح خاص به، وقد روي بهذا اللفظ موقوفاً على عمر وعلي رضي الله عنهما، وروى الترمذي من طريق جابر بن زيد رفعه عن ابن عباس أن النبي ﷺ قال: «البغايا اللاتي ينكحن أنفسهن بغير بينة» ورجح الترمذي وقفه وروى ابن حبان من رواية سليمان بن موسى عن ابن شهاب عن عروة عن عائشة مرفوعا: (لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل الحديث وقال ولم يقل فيه وشاهدي عدل إلا حفص بن غياث عن ابن جريج عنه. انظر: الدراية في تخريج أحاديث الهداية (٥٥/٢).

(٢) إنما قال ذلك فيمن أسلم من المشركين وأهل الكتاب، والحديث أخرجه النسائي في المجتبى (٧٨٥/١) برقم: (٣٩٦٧/٢)، وأبو داود في سننه (٣٤٨/٢) برقم: (٢٦٤١)، والترمذي في جامعه (٣٥٣/٤) برقم: (٢٦٠٨) وقال: "حديث حسن صحيح"، وأحمد في مسنده (٢٧٦٤/٥) برقم: (١٣٢٥٦).

وعليهم ما على المسلمين من أحكام الدنيا ولا معنى بأن يقال: بأنهم غير مخاطبين لأنّ الحد يلزمهم وكذلك يمنعون عن الربا، وإنما قيل ذلك في العبادات التي هي من فروع الإيمان إلا أنا لا نتعرض لعقودهم الفاسدة إذا كانوا يدينون بصحتها تركا إياهم على ديانتهم الفاسدة ببذلهم الجزية إلا ما استثنى عليهم كما نتركهم على عبادة النار والوثن وهي فاسدة شرعاً.

فإذا جاء الإسلام من أحدهما أو طلب أحدهما ما في الإسلام حكم له بحكم الإسلام من الفساد الثابت بدين الإسلام فالمانع كان هو الديانة، وقد ذهبت لما طلب[١] حكم الإسلام ودان[٢] به، وهذا هو القياس الظاهر.

وقال أبو حنيفة ﷺ في حربي تزوج أختين[٣] في عقدتين ثم أسلموا أنه يفرق بينه وبين الأخيرة، لأن نكاحها وقع فاسداً.

والمذهب عند عامة العلماء: أن هذه العقود تقع على حكم الصحة، فإنّ الشافعي يقول(٤): إذا تزوج المجوسي[٥] محرمة ثم طلقها نفذ الطلاق. وقال مع محمد[٦]: إذا تزوج الحربي خمس نسوة في عُقد متفرقة أو عقدة واحدة ثم أسلموا جميعاً كان له أن يختار الأربع منهن أيَّ أربعٍ كن، ولو وقع فاسداً لم ينقلب صحيحاً، وإنما يستقيم إذا وقع صحيحاً ثم حرمت واحدة بالإسلام.

[١] «ن» (طلبت).

[٢] «ن»، وحاشية «أ» (دانت).

[٣] «ن» (بأختين).

(٤) «الأمّ» (٣٨١/٧)، «الحاوي الكبير» (٣٠٣/٩).

[٥] «ن» (المجوسُ).

[٦] في حاشية «أ» (قال محمد).

وكذلك قالوا جميعاً لو تزوج أختين أو عشر نسوة[١] ثم فارق إحدى الأختين في الكفر أيتها كانت وفارق الستَّ من العشر بقي نكاح من بقي إذا أسلموا على الصحة، ولو وقع فاسداً لما صح بالمفارقة كما إذا جمع في الإسلام ثم فارق البعض.

وكذلك لو تزوجها في عدة الغير ثم أسلما والعدة منقضية لم يفرق بينهما ولو وقع فاسداً لفرق بينهما. وأما أبو حنيفة فظاهر ذلك على قوله.

❁ فإن قيل: قال أبو حنيفة ﵀ في الحربي تزوج أختين في عقدتين ثم أسلم إنه يفارق الآخرة لأن نكاحه وقع فاسداً.

❁ قلنا: تأويله إنه فاسد على اعتبار الوقوع في الإسلام فيكون أولى بصرف الفساد إليها من الأولى. ألا ترى أنه يقول إذا فارق الأولى ثم أسلم[٢] بقيا على النكاح، وكذلك يقول الشافعي في أهل الذمة تبايعوا الخمور وتقابضوا إن العشر يؤخذ من أثمان الخمور، وإن علم به العاشر، وإذا أسلموا بقوا على ذلك ولو وقع على الفساد لم يطب المِلك الفاسد بالإسلام ولأوجب الملك بالفاسد على أصل الشافعي فثبت أنها وقعت على الصحة بلا خلاف.

واحتج محمد لأبي حنيفة في الكتاب بقول عمر ﵁ في خمور أهل الذمة أن ولوهم بيعها وخذوا منهم نصف عشر أثمانها.

إلا أن أبا يوسف ومحمدا[٣] والشافعي يقولون: إنّ الصحة ثبتت لعقودهم

---

[١] «ن» (أو عشرا).

[٢] «أ» (أسلما).

[٣] «ن» (ومحمد).

هذه لا بحكم قصور الخطاب فإن الخطاب شائع في دار الإسلام، والخطاب إذا شاع لزم حكمه الكل من علم به ومن لم يعلم كما في المسلمين وكالذمّي إذا أسلم ولم يعلم بأحكام الإسلام[١] لزمته ولزمه قضاء الصلوات كمن سمع ثم فوت لأن الخطاب شائع، وكذلك الصبي يبلغ يلزمه الكل وكان القياس أن يلزم أهل الذمة كما قاله زفر: إلا أنه لم يلزمهم لديانتهم بخلافها، وأمر الشرع إيانا أن نتركهم وما يدينون به إلا ما استثني عليهم، فإنّ الديانة بخلافها وقد أمرنا أن ندعهم وذلك تقرير عليه فارتد عنهم الخطاب بعد تمامه موجباً بدليل الديانة مع تقرير الشرع، وإذا كان بالديانة ثبتت الصحة.

قلنا: لم تثبت الصحة إلا في حق من يدين لأن ديانته ليست بحجة على غيره، فقيل إذا طلبت المنكوحة المحرم النفقة من القاضي لم يجب وكان في حق القاضي نكاحاً فاسداً، وكذلك إذا دخل الذمي بها كان في حق غيره دخولاً بنكاح فاسد فلا يحد إذا قذفه بعد الإسلام، وإذا طلب أحدهما الإفساد أجيب إليه لأن ديانة الآخر ليست بحجة عليه وكان بمنزلة حل الميتة بالضرورة لا يظهر في حق غيره.

وقد قال أبو حنيفة ﷺ: إذا مات المجوسي وترك ابنتين إحداهما امرأته كان الميراث بينهما نصفين ولا ترث المنكوحة بالنّكاح لأنه فاسد في حق الأخرى التي نازعتها في حق الإرث ودانت بالفساد وهذا كما لا تثبت هذه الصحة بديانتهم في حق الكفر لأن الديانة لما صارت دلالة شرعية اقتصرت على ما يحتمل أن يرد به الشرع.

---

[١] «ن»، وحاشية «أ» (الشرع).

فأما إذا تزوج بغير شهود فقد وقع على الصحة لأنهما دانا بالجواز ثم إذا طلب أحدهما الفسخ ودان بالفساد لم يجب إليه لأنه يطلبه لعدم الشهود للحال فما مضى صار عفواً، وعدم الشهود بعد العقد[١] لا يوجب فساداً كالذميين إذا تبايعا الخمر وتقابضاً ثم طلب أحدهما الفسخ لأن ما مضى عفو وقد وقع على الصحة والطالب رام الإفساد باسم الخمر بعد القبض وإنه غير مفسد في الإسلام، كمن اشترى عصيراً فتخمر بعد القبض، فأما إذا تزوج في العدة ثم طلب أحدهما الفساد بعد انقضاء العدّة فكذلك الجواب لأن ما مضى عفو وليس للحال سبب مفسد في الإسلام فأمّا إذا سلم أحدهما أو طلب الفسخ والعدة قائمة فإنه يفسخ وإن كانت العدّة بعد العقد لا توجب الفساد وحين العقد كان عفواً لأنّ العدة لا يتجزؤ ثبوتها فإذا جاء الإسلام وهي باقية ولا يمكن الحكم بها إلا بما مضى منها صار الكل معتبراً والكل يصير مقارناً للعقد، والمقارن مفسد بخلاف عدم الشهود لأنه ليس بمقدر ليستدعي العدم للحال عدماً فيما مضى فلا يصح بل هذا يتصور عدماً دون ما مضى فلم يجب اعتبار ما مضى باعتبار الحال كمدة التخمر في بيع الخمور، لا يجب اعتبار ما مضى باعتبار الحال بخلاف الكفر لأن ديانتهم بالحل لا تعمل في حقه لأنّه مما لا يحتمل أن يحل بحال والمحلل إنما يعمل فيما يحتمله فأمّا فيما[٢] نحن فيه فممّا يحتمل الحل والحرمة ويقبل الفسخ.

قال الشافعي(٣): ولهذا لا أقضي بضمان الخمر إذا رفع إلينا سواء كان المستهلك ذمياً أو مسلماً، لأن حكم المالية يثبت بديانتهم والخطاب يندفع حكمه بها فلا يلزم غيرهم حكم ديانتهم ولا يتأخر حكم خطاب التحريم عن الذي لا

---

[١] في حاشية «أ» (العفو).

[٢] «ن» (ما).

(٣) «الأمّ» (٤/٢٢٤)، «الحاوي الكبير» (٧/٢٢١).

يدين به بديانة من دان منهم كما قالوا في الأنكحة.

ولهذا أقول عاشر المسلمين لا يعشر خمور أهل الذمة لأنها في حق العاشر شيء لا قيمة له فلا يعشرها بديانتهم إنها أموال، وقول عمر لعاشره: «ولّوهم بيعها وخذوا منهم عشر أثمانها[١]»(٢)، تفسيره: اتركوهم وبيعها فذلك صحيح عندهم ثم خذوا العشر بعد البيع من الأثمان، وإنه حجتنا فإنكم تأخذون العشر من الخمور قبل البيع، وهذا كقول الله تعالىٰ: ﴿نُوَلِّهِۦ مَا تَوَلَّىٰ﴾ [النساء: ١١٥] أي ندعه وذلك ليتولاه بسبب تركي، فيكون تولية معنًى.

ولا يلزم هذا الفصل ما قاله أبو يوسف ومحمد ﷺ في الأنكحة: لأن الخمر مال في الإسلام إذا اشترىٰ بالخمر شيئاً وقبض ملك، وإذا اشترىٰ بالحر وقبض لا يملك لأن الحر ليس بمال وإنما لم تتقوم[٣] في الإسلام لا بالحرمة فإن الكلب المعلم حرام ومتقوم وكذلك السرجين(٤) ولكن بسبب الإهانة، فإن الشرع حرم علينا تمولها لأنها خمر أو تصونها [كذلك][٥] بل نصونها لتصير خلاً، وعلىٰ أنها خمر يجب الإراقة والإهانة ولا قيمة لِما أهين وطرح[٦] وإن كان حلالاً كالحبة من الحنطة والنواة وشربة ماء من المياه، وخطاب الإهانة لم يرد أصلاً في حق الكفره لأنه ابتني علىٰ الحرمة، والحرمة لم تثبت في حقّهم علىٰ ما بيّنا

---

[١] «ن» (وخذوا العشر من أثمانها بعشرة).

(٢) رواه عبد الرزاق في مصنفه (١٠/٣٦٩) برقم (١٩٣٩٦)، وأبو عبيد في كتاب الأموال (١٢٩).

[٣] «ن» (لا يتقوم).

(٤) السرجين: بفتح السين وكسرها، وسرقين لغة فيه، لفظ معرب، الزبل انظر «معجم لغة الفقهاء» (ص: ٢٤٣).

[٥] ما بين [ ] ليس في «س» والمثبت من «أ»، «ن».

[٦] «س» (وإن كان حلالا طرح) والمثبت من «أ».

فصح تمولهم لا بديانتهم الدافعة لخطاب حرمة التمول، ولكن لأنّ خطاب حرمة التمول لم يتوجه عليهم فصحّ التمول مطلقاً فظهرت القيمة المتعلقة بالتمول الصحيح على الإطلاق.

ولما ظهرت[١] في حق المسلمين وللعاشر ولاية صيانة الخمور في الجملة ثبتت[٢] له ولاية أخذ العشر ولكن من مال يحل له فإن حق الأخذ عندنا معلول بالقيمة غير مقصور على العين الذي فيه العشر أو على مثله نوعاً.

وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: إذا طلق الذميّ امرأته بعد الدخول وجبت العدة وإن لم يدينوا بالعدة لأنها حقّ النّكاح على ما عرف في موضعه.

ولما دان بصحة النّكاح حيث نكح دان بحقوقه وأحكامه تبعاً له لا محالة كالذمي يطلق امرأته ثلاثا[٣] ثم يمكث معها ويستحلها فإنا نفرّق بينهما إذا علمنا ولا نعتبر هذه الديانة لأن الحرمة حكم الثلاث، ولما دان بالثلاث حيث أوقعها دان بحكمها.

وكذلك إذا تزوج وجب المهر وإن دان بخلافه لأنه حكم النّكاح فيصير الديانة بالنّكاح ديانة بحكمه، قالوا: وهذا بخلاف أنكحة أهل الحرب فإنها تقع بغير مهر وترتفع بلا عدّة إذا لم يدينوا بها لأنها صحت بديانتهم بحكم قصور الخطاب عنهم حتى صار كأنه لم ينزل بعد لا بدفع حكمه بعد بلوغه بالديانة، وذلك لأن الخطاب غير شائع في دارهم، والخطاب لا يلزم من لم يسمع إلا بعد الشيوع فأمّا حين النزول فكان لا يلزم إلا من سمع.

---

[١] «ن» (ظهر).

[٢] «ن» (ثبت).

[٣] «س» (ثلاث)، والمثبت من «أ»، «ن».

ألا ترى أنّ الحربي إذا أسلم وترك الصلوات لأنه لم يعلمها لم يؤاخذ بها، وكذلك الزكاة وهذا كإذن العبد إذا شاع لا يرتفع بحجر خاص وإذا شاع الحجر ارتفع الإذن في حق من لم يعلم أو علم، فيصير معاقدات أهل الحرب على حكم ما لو وجدت قبل نزول خطاب التحريم فتصح مطلقة وقبل نزول خطاب [إيجاب][١] المهر والعدّة فلا يصيران حكمين لنكاحهم.

ولأبي حنيفة ﷺ ما قال في الكتاب: إنّ نكاح المحرم بمنزلة نكاح المجوسية ثم حلّ[٢] نكاح المجوسية لأنّ التحريم ثبت على المسلم دون الكافر فكذا[٣] نكاح المحرم لأنّ الخطاب لم يثبت في حقهم ومعاملاتهم هذه تقع على الصحة بناء على قصور الخطاب عنهم كما في ابتداء نزول الخطاب قبل الشيوع لا يلزم من لم يعلم به، كأنه لم ينزل بعد حتى جازت صلاة أهل قباء إلى بيت المقدس بعد تحول القبلة إلى الكعبة وكذا في حق أهل الحرب على ما قاله أبو يوسف ومحمد.

والدليل على القصور: أن الأصل أنّ ما يتبدل بشرع جديد من الأحكام أو يحدث لا يثبت في حقنا بنزول الخطاب حتى يبلغنا لأنّه لا يمكننا الإيمان[٤] به والعمل به قبل ذلك، إلا أن الخطاب بعدما شاع يلزم الكل من علم [به][٥] ومن لم يعلم، لأن الرسول لا يمكنه أن يبلغ كل واحد من الناس، إنما في وسعه الإشاعة في الناس، وعلى الناس الطلب إذا علموا بالرسول فيصير الجاهل

---

[١] ما بين [ ] ليس في «س» والمثبت من «أ»، «ن».

[٢] «ن» (حال).

[٣] «ن» (فكذلك).

[٤] «ن» (الإيجاب).

[٥] ما بين [ ] ليس في «س»، «ن»، والمثبت من «أ».

بالخطاب بعد الإشاعة جاهلاً بتقصير منه في الطلب بعد لزوم الطلب فجعل غير معذور لما جاء من جانب تقصيره فيما أمره الشرع به من الطلب ، والذمي غير عالم به لأنه ما لم يسمع فهو غير عالم به ، وبعد السماع لا يعلم أنّه كلام من هو حجة .

والشرع لما أمرنا أن نتركهم وما يدينون به قررهم على ذلك الجهل استدراجاً ولم يلزمهم طلب دليل العلم ، فلم يصيروا مقصرين في طلب ما لزمهم شرعاً وبقوا على الجهل كما في الخطاب الذي لم يشع وخطاب[١] نبي لم تثبت معجزته بعد ، ولزمهم[٢] ما استثني عليهم لأنّ الخطاب شائع ولزمهم بالشرع طلب ما استثنى عليهم ليعلموا[٣] به فصاروا [غير][٤] معذورين بجهل جاء من جانب ترك طلب ما تيسّر عليهم بالشيوع وأمروا بطلبه ، ولأن طلب هذه الشرائع إنما يصح بناء على معرفة الرسول ، فإذا أنكروا الرسول أصلاً ولم يلزمهم طلب الدليل لما أمرنا أن نتركهم عليه خرج هذه الأدلة عن كونها حججاً في حقهم فصار البلوغ وعدم البلوغ بمنزلة .

❊ فإن قيل: أليس الرسول مأمورا بتبليغ الرسالة وكتاب الله تعالى الناسَ كافة ؟

❊ قلنا: نعم ومن التبليغ أن يدعوهم إلى الله تعالى وشريعته فإن أبوا فإلى الذمة على أن يتركوا وما يدينون به إلا ما استثنى عليهم ، وإنّما يلزمهم بعد ذلك بولاية ثبتت لنا شرعاً في إلزامهم قهراً ، وذلك فيما استثني عليهم من نحو الربا

---

[١] زاد في «أ» (من).

[٢] «أ» (ولزومهم).

[٣] «ن» (ليعملوا).

[٤] ما بين [ ] ليس في «س» والمثبت من «أ» ، «ن» .

فيتقدر بقدرها بخلاف أصل التوحيد، لأن الله تعالىٰ بصفاته لم يزل، كان حقاً لا يحتمل أن لا يكون حقاً قبل الشرع وبعده، وإنما الكلام في كل أمر يصير حقاً بعد أن لم يكن بالشرع كحرمة الخمر وحرمة أنواع أنكحة.

فنقول: لا يثبت في حقنا[١] إلا بعد العلم بالخطاب وقبله يبقىٰ علىٰ ما كان ثابتاً، ولأنّ الآيات علىٰ التوحيد شائعة فحلّت محل خطاب شائع أو معجزة ثابتة علىٰ النبوة وبخلاف التطليقات الثلاث لأن الطلاق الواحد كان قاطعاً للنكاح قبل شرعنا فكيف الثلاث وإنما ثبت بشرعنا[٢] أن لا يحل للزوج ولم يثبت هذا في حقهم.

فإنه لو تزوجها لم يفرق بينهما عند أبي حنيفة بمرافعة أحدهما ولو دخل بها ثم أسلم كان محصناً فإذا عرفنا هذا قلنا: لما وقع النّكاح حلالاً مطلقاً كما قبل نزول[٣] التحريم لم يتغير صفته في الإحصان بوطئه، وإذا بقي محصناً حد قاذفه بجنايته لا بديانة الذمي، وإذا دان أحدهما بالفسخ لم يثبت لأنّ التبدل إلىٰ الحرمة بالديانة فلا تكون ديانته حجّة علىٰ غيره ولم يصر المهر ولا العدة من أحكام هذا النّكاح قبل نزول الخطاب ولم يحرم الخمر عليهم ولا سقطت القيمة كما قبل النزول.

وكما قالوا في دار الحرب: إن النّكاح يصح بغير مهر ولا تجب العدة بعد الفرقة، إذا لم يدينوا بها بخلاف تزوج الكافر امرأة في عدة المسلم، لأنّ العدة تجب حقاً للنكاح، والنّكاح كان حقاً للمسلم وخطاب العدّة ثابت في حقه

[١] «ن»، وحاشية «أ» (حقها).

[٢] «أ» (شرعنا).

[٣] «أ» (لزوم).

فوجبت، والنّكاح في العدة تعرّض لحقه، وأمر الكافر الذمي بأن لا يتعرّض لحق المسلم بالإبطال.

وأما مسألة الميراث: فالإرث استحقاق على الأخرى بعض نصيبها فقصور الخطاب في حق التي لم تَدِن بالحرمة لا يغير حكم الخطاب في حق التي دانت بهذا[١] الحكم ولا يبطل في[٢] نصيبها شيء، بخلاف مسألة الاحصان لأن الرجل وإن بقي محصناً بحكم قصور الخطاب وثبت إحصانه في حقّ الناس أجمعين فما أبطل عليهم بهذا حقاً لأحد حتى لا يجعل قصوره حجةً عليه.

وإنما تبطل حرمة عرضه بقذفه وجنايته مقصوراً عليه وقد خرجت الأجوبة عن كلام زفر، لأنّا نحكم بما أنزل الله، فإنّ مما أنزل الله أن لا يلزم حكم الخطاب إلا بعد البلوغ وكذلك حكم الذار في حق المسلم وكذلك الذمي وعلى هذا أمر الخمور فإن الخطاب قاصر عنهم فبقيت مالاً متقوماً كما قبل نزول[٣] الخطاب وليس في التقوم إلزام أحد شيئاً[٤] فثبت في حق الكل ولا يشبه هذا ديانة الشافعي الضب[٥] مالاً فإنا لا نوجب بديانته قيمة لأنا أمرنا أن لا نقره عليه ونحاجه دليلنا[٦]، وعليه طلب صحة ما عندنا فلا يصير معذوراً بأن قصّر.

[٧] ولهذا صحح أبو حنيفة ﷺ وصية الذمي بما هو قربة عنده لا عندنا، وهما أبطلاها لأن الإمضاء يلزمنا وبديانتهم لا يلزمنا شيء، والله أعلم.

---

[١] «ن» (لهذا).
[٢] «أ» (من).
[٣] «أ» (لزوم).
[٤] «أ» (سبباً).
[٥] «ن»، وحاشية «أ» (انصب).
[٦] «أ» (بدليلنا).
[٧] في حاشية «أ» (مسألة).

فَصْـــلٌ
في بيان شرط القرار[1] على النّكاح وكيفية الرفع عند عدمه

|٥٧٣| مسألةٌ: قال علماؤنا ﷺ: الفرقة بالجبّ(٢) والعنّة(٣) طلاق.

وقال الشافعي ﷺ(٤): فسخ لأن الجبّ عيب يفيت المتعة من جهة الرجل كالرتَق(٥) من جهة المرأة، وقد ثبت من مذهبي أنّ الردّ بالرتَق فسخ فكذلك[6] هنا[7] لأنهما زوجان على[8] السّواء، ولأنّه لما ثبت أنّه عيب كان الردّ بخيار العيب فسخاً قياساً على ردّ المبيع بخيار العيب وردّ المهر.

ولنا: ما روي عن عمر وعلي ﷺ أنهما فرقا بين العنّين وامرأته[9] وجعلاه طلاقاً(١٠)، ولم يرو لهما[11] مخالف، ....

[1] «ص» (الفوات).

(٢) الجب: بفتح الجيم، من جب الشيء: قطعه، أي قطع جميع الذكر. انظر: «معجم لغة الفقهاء» (ص: ١٥٩).

(٣) العنة: عدم القدرة على الجماع لمرض أو غيره. انظر: «أنيس الفقهاء» للقونوي (ص: ٥٨).

(٤) انظر: «الأمّ» (١٢٨/٥)، «مختصر المزني» (٣٠٤/٨)، «الحاوي الكبير» (٣٤٥/٩ ـ ٣٤٨).

(٥) الرتق: بفتح التاء وهو انسداد الرحم بعظم ونحوه. انظر: «طلبة الطلبة» للنسفي (ص: ٥٨).

[6] «ن» (فكذا).

[7] «ن» (هذا)، «ص» (هاهنا).

[8] «ص» (في).

[9] «ص» (والمرأة).

(١٠) رواه سعيد بن منصور في سننه (٧٩/٧) برقم: (٢٠٠٩)، والبيهقي في "سننه الكبير" (٢٢٦/٧) برقم: (١٤٤٠٣)، والدارقطني في "سننه" (٤٦٩/٤) برقم: (٣٨١١)، وعبد الرزاق في "مصنفه" (٢٥٣/٦) برقم: (١٠٧٢٠)، وابن أبي شيبة في "مصنفه" (١٦٥/٩) برقم: (١٦٧٥٢).

[11] في حاشية «أ» (لها).

واشتهار[١] الحادثة بالقضاء في مجلس الخلافة يحلّ[٢] محل الإجماع، ولأنّ هذا

تفريق من القاضي بالنيابة عن الزوج فيكون طلاقاً كما لو أقرّ به صريحاً.

وإنما قلنا ذلك لأنه قد ثبت بالدليل أنّ النّكاح لا يرد بالعيب، ولأن الزوج في هذا الباب مالك من حيث ملك المتعة والنفس، والمرأة مملوكة على ما نبيّن في باب حكم النّكاح، والعقد لا يرد بعيب في المالك، وإنما المملوك على الرجل المهر، وإنه يرد بالعيب[٣] عندنا، والنّكاح لا يرتد[٤] برده فثبت أن الفرقة ليست من جهة الرد بالعيب بل لأن الله تعالى خلق في النساء شهوة الفرج كما خلق في الرجل، وجعل لهن طريق الاقتضاء بالنّكاح كما للرجال فكان الاقتضاء ثمرة هذا العقد لهن، وإن لم يكن مملوكاً بأصل العقد كالنفقة وكثمرة[٥] الشجرة لمن اشترى أرضاً بأشجارها، فإذا لم يجامعها الرجل ولم يطلقها صار مفوتاً عليها ثمرة النّكاح من الجماع بأن لم تنل منه، وانسدّ الباب عليها بنكاحه فيصير الرجل ظالماً بتفويت ثمرة نكاحها، كمن منع رجلاً عن ثمرة شجره[٦] أو منعه عن سقي[٧] أرضه وزراعتها حتى فاتته ثمرة النبات، فكان لها أن ترفع الأمر إلى القاضي، فولاية إزالة الظلم إلى القضاة، فيأمره[٨] القاضي بالإزالة وذلك

---

[١] «ن»، «ص» (مع اشتهار).
[٢] «ن»، «ص» (فحل).
[٣] «أ» (بالمهر).
[٤] «ص» (لا يردّ).
[٥] «ص» (والثمرة).
[٦] «ص» (عن ثمره).
[٧] «ن» (عن سعي).
[٨] «ص» (فنابت).

بالجماع أو بالفراق لينفتح الباب عليها، فإذا أبى وتحقق الظلم ناب القاضي بأمر الله بالسبب الذي يحتمل النيابة وهو الفراق. وأصل ذلك قول الله تعالى: ﴿فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖ﴾ [البقرة: ٢٢٩].

فإذا فات الإمساك بالمعروف من النفقة والجماع لزمه التسريح بالإحسان، فإذا لم يفعل ناب القاضي عنه، وهذا كما قال الشافعي(١) في فرقة الإيلاء: إنها طلاق من القاضي لأنّه ظلمها بالإيلاء والمضي على البر حتى مضت المدة فوجب الرفع إلى القاضي ليأمره بالفيء أو التطليق فإذا أبى ناب عنه في التطليق.

❁ فإن قيل: الزوج إذا عجز كيف يوصف بالظلم [وهو عاجز][٢].

❁ قلنا: هو ظالم في الإمساك مع الغنية عنها، وفي الإمساك سدّ باب الجماع عليها من طريق آخر فيصير ظالماً بسد باب إصابتها لأنه غير عاجز عن الفتح.

|٥٧٤| مسألةٌ: ولهذا قلنا إنّ فرقة العنين لا تكون إلا بقضاء كفرقة الإيلاء على أصل الخصم؛ لأنّ ولاية إزالة الظلم إلى القضاة فيما لا يزول إلا بتصرف[٣] في حق الظالم.

|٥٧٥| مسألةٌ: ولهذا قال مالك(٤): إنه إذا عُنّ بعد الجماع ثبت[٥] لها خيار

---

(١) انظر: «الأمّ» (٥/٢٨٩)، «مختصر المزني» (٨/٣٠٤)، «الحاوي الكبير» (١٠/٣٩٦).
[٢] ما بين [ ] ليس في «س»، «ن»، «ص»، والمثبت من «أ».
[٣] «ص» (المتصرف).
(٤) انظر: «المدونة» (٢/١٤٤)، «النوادر والزيادات» (٤/٥٢٩).
[٥] «أ» (يثبت).

العنّة[١] لأن الإمساك بالمعروف حق المرأة على الزوج ما بقي النّكاح، وتفسيره أن يوفيها حقّها في الجماع والنّفقة.

وقال عامّة الفقهاء[٢]: لا خيار لها، وحقّها في الجماع من حيث [إنّها][٣] تملك المطالبة به في المدّة الأولى[٤] لأنّا ذكرنا أنّ الجماع غير مملوك لها بأصل العقد كما وجب للرجل عليها بل هو ثمرة هذا العقد، ولا يمكن أن تجعل هذه الثمرة لها دارّة كالنفقة، لأنّ الجماع مبني على نشاط الفحل، وإنما يكون ذلك في الأحايين فلم يجب دارّة[٥] وليس لوقت النشاط علم ومقدار يمكن البناء عليه، فعلّق الأمر بجنس الجماع فيتأدى بأدنى ما ينطلق عليه الاسم فلا يبقى لها بعد ذلك مطالبة بالجماع بخلاف النفقة لأنه يمكن إدرارها فتعلّق الحكم[٦] بالدوام.

❁ فإن قيل: أليس الرجل يأثم بأن لا يجامعها إضرارا بها وكذلك العدل في القسم واجب أبداً.

❁ قلنا: النّساء رعاياه فعليه[٧] العدل بينهن كما يجب العدل بين الرعية على الراعي وليس الجماع من العدل في شيء[٨]، فإنّ العدل في أن لا يفضّل

---

[١] «ص» (تقديم وتأخير).

[٢] «أ»، «ن»، «ص» (العلماء).

[٣] ما بين [ ] ليس في «س»، «ن» والمثبت من «أ».

[٤] حاشية «س» (في المدّة هنا) وحاشية «أ» (المدة هنا) وفي «ن»، «ص»، حاشية «أ» (المرّة) بدون (هنا).

[٥] «ص» (ذلك).

[٦] «ن»، «ص»، وحاشية «أ» (الحق).

[٧] في حاشية «أ» (فعلينا).

[٨] «ن» (وليس العدل من الجماع شيء).

البعض على البعض في النفقة والسّكنى والعشرة، فأمّا الجماع فليس في الوسط.

وأمّا الإثم[١]، فيلحقه إذا قصد الإعراض عن الجماع مضاراً بها لا إذا ترك من غير قصد إضرار[٢]، وكذلك يؤمر الزوج بالجماع في كل حين ليصونها عن الزنا، والصيانة عن الزنا تجب حسبة لا حقاً لها والإثم يلحقه لتركه ما شرع عليه حسبة، والله أعلم.

|٥٧٦| مسألةٌ: إذا عجز الزوج عن النّفقة لم يفرق بينهما عندنا.

وقال الشافعي(٣) رحمه الله: يفرق، لقول الله تعالى: ﴿فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖۗ﴾ [البقرة: ٢٢٩]، والمعروف في إيفائها حقّها في الجماع والنفقة والتسريح في الفرقة.

ولأنّ الشهوة شهوتان، شهوة بطن وشهوة فرج، وشهوة البطن تقضى بالنّفقة، وشهوة الفرج بالجماع، والشرع جعل النفقة والجماع ثمرة واحدة مستحقة للمرأة قِبل الزوج لتقضي الشهوتين جميعاً من قبله بالنفقة والجماع، ثم عجز الزوج عن إيفاء ثمرة الجماع يوجب لها خيار الفرقة، فكذلك عجزه عن إيفاء ثمرة النفقة، بل أولى لأن الحاجة إلى النفقة أشد من الحاجة إلى الجماع، فالنفس[٤] تبقى على عدم الجماع ولا تبقى على الجوع.

ولا يلزم العجز عن إيفاء المهر لأن المهر عوض ما استحق عليها بالعقد لا

---

[١] «أ» (الاسم).

[٢] «ن» (إذا قصد الإعراض عن الجماع فصار إيفاوه من غير قصد إضرار).

(٣) انظر: «الأمّ» (٥/١١٥ ـ ١١٦)، «الحاوي الكبير» (١١/٤٥٤).

[٤] «ص» (والنفس).

ثمرة مستحقة لقضاء حاجة الوقت فكان العجز عن المهر من جنس العجز عن سائر ديون لها قِبله فلا يقع في ضرورة الحاجة بسبب عدمه على اليقين[١] ، فأما النفقة فلدفع حاجة الوقت فيقع في الحاجة بعدم ما يسمى نفقة على سبيل التعين كالجماع لدفع حاجة الوقت للفرج ، فيبقى تحته بعدمه فيثبت الخيار ليتخلص عن تلك الضرورة بانفتاح باب الإصابة من وجه آخر ، والفرقة لا تفتح باب إصابة ذلك المهر لأن المهر يبقى على الأول كلّه أو يسقط ، ولما لم يكن الفراق سبباً لإصابة المهر لم يبق إلا النظرة إلى الميسرة.

ولا يقال إنها تصيب المهر من رجل آخر لأنه يكون مهراً آخراً غير الأول.

فأمّا النّفقة فحق يدر مع الوقت ، وهي تدرّ كذلك بالوقت[٢] من رجل آخر إذا فارقت الأول ، وكذلك الجماع سبيله سبيل المولى يعجز عن نفقة عبده وهو صغير لا يقدر على الكسب يؤمر بالإزالة عن ملكه ، لأن النفقة عليه بحق ملكه فإذا عجز وعجّزه يضطره إلى الجوع أمر بالإزالة.

يوضحه: أن النفقة لاقتضاء شهوة البطن والجماع لاقتضاء شهوة الفرج والشهوة لا تختلف منه باختلاف المنفق والمجامع فثبت أنها بالفراق تصيب حقها الفائت بعجز الأول ، وسبيل الحقوق أن توفى ما أمكن.

فأما المهر فليس لقضاء الشهوة شرعاً ولكن لوقوع ملك النّكاح على المرأة ، والملك الذي يقع بعقد آخر غير الأول ، لأنه يعتبر بالمالك وهما مختلفان فلم يكن الفراق سبيلاً لإصابة الفائت على الأول بالعجز فلم تستحق لأنها استحقت

---

[١] في حاشية «أ» (التعين).

[٢] «أ» ، «ن» (للوقت).

لأنه سبيل إيفاء[١] حقها لا لعينه، ولأن الله تعالى جعل الفرقة حقاً لها عند ذهاب معروف الإمساك ومعروف يجب بالإمساك هو الجماع والنفقة.

وتبيّن أنّ قوله: ﴿فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍۚ﴾ [البقرة: ٢٨٠] في كل حقّ لا يمكن أن يوفى المستحق بطريق آخر غير النظرة، فأما إذا أمكن فالإيفاء واجب لأن النظرة [وجبت][٢] بسبب العجز ولا عجز مع الإمكان ولا معنى لقولكم إنه لا يمكنه إلا بقطع ملكه في النّكاح لأنه ساقط العبرة في العنة، لمكان أنّ المرأة مظلومة من جهته وهو بمنزلة الظالم في تفويت حقّها بالإمساك بدون شرط الإمساك وهو المعروف ولأن الزوج ما استحق الإمساك إلا بالإمساك بالمعروف فإذا لم يجد الشرط سقط اعتبار جانبه وبقي العبرة لجانبها[٣] لأنها جاءت بمعروف مثلها وهو تسليم نفسها.

قال الشافعي(٤): إلا أنّي جعلت هذه الفرقة فسخاً والإيلاء طلاقاً لأن هذا الفوت جاء[٥] بسبب فوت ثمرة مستحقة بالعقد فجرى مجرى العيب، والعيب سبب للفسخ من جهة المرأة[٦] فلم يحتج إلى نيابة القاضي عن الزوج، وفي الإيلاء جاء الفراق بسبب ظلم من الزوج باليمين لا بعيب فلم[٧] يمكن الرد بالفسخ فلم يبق[٨] إلا الطلاق.

---

[١] «أ» (استيفاء).

[٢] ما بين [ ] ليس في «س» والمثبت من «أ»، «ن».

[٣] «أ» (بجانبها).

(٤) انظر: «الأمّ» (١٢٨/٥).

[٥] «أ» (لأن هذه الفرقة جاءت).

[٦] «أ» (جهته).

[٧] «أ» (فلا).

[٨] «أ» (فلا يبقى).

دل عليه: أن هذه الثمرة لما صارت مستحقة على العاقد[١] للمرأة جرى مجرى أصل المعقود عليه ففوته يوجب خيار الرد.

ولعلمائنا[٢]: أن النّكاح لا يحتمل الرد عندنا بخلل يقع في مقاصد النّكاح على ما نذكره، وعلى الابتداء نقول: إن النفقة مال فلا يثبت لها خيار الردّ لعجز[٣] الرجل عن إيفائه قياساً على المهر، بل أولى لأن المهر يجب أصلاً في العقد والنفقة ثمرة، والخلل في الأصل قد يوجب خيار الرد والخلل في الثمرة لا كما في البيع، وتبين[٤] بقرار النّكاح مع فوت المهر بالعجز والاستحقاق أن المال تبع في النّكاح لا يتعلق به صحة العقد ولا انبرامه، ألا ترى أنه فسخ البيع بالعجز عن الثمن لما كان أصلا فيه ولم يعتبره بسائر الديون ولم يصح في باب المهر ولأنها بالفسخ إن كانت لا تصل إلى المهر فإنها تصل إلى رأس مالها من نفسها التي كانت بإزاء المهر كما في البيع.

والقياس على العنّة[٥] باطل لأنه طلاق عندنا بسبب ظلم التعليق لا رد، وقد عدم فيما نحن فيه كالتعليق[٦] في سد باب اقتضاء شهوة الفرج عليها بنكاحه وتفويت حقها وإبقائها في ضرورة الحاجة مع غنيته عن نكاحها، فالنّكاح يعقد للوطء وهو الأصل وهو مستغنى عنه إذ لا يأتيها فصارت بإمساكها معلقة لا تصل إلى الجماع والزوج ظالماً بالإمساك بلا حاجة وقد عدم فيما نحن فيه لأنها تقضي

[١] «أ» (المعاقد).

[٢] «ص» (ولنا).

[٣] «أ» (بعجز).

[٤] «ص» (وتثبت).

[٥] «ص» (الهبة).

[٦] «أ» (فالتعليق).

شهوة بطنها من [مال][1] غير الزوج فلم تصر معلقة بنكاحه عن اقتضاء الشهوة، ولم تبق في ضرورة الحاجة وكذلك الرجل يحتاج[2] إلىٰ وطئها، فلم يصر متعنتا في الإمساك ظالماً بالتعنت ولا ظالماً بمنع حقها لأنه عاجز ولا بإبقائها في ضرورة الحاجة لأنها تقضي من مال آخر ولا [في][3] تفويت حقها في النفقة لأنه يقضي عليه بها فيصير ديناً وإنما يبقىٰ التأخير بسبب العجز[4].

والله تعالىٰ نصّ علىٰ أنه ليس بظلم، فقد أجله إلىٰ الميسرة وثبت بأجل الله أنه يمسكها بمعروف[5] مثله، حيث التزم لها النفقة يؤديها عند محل الأجل، ولأنّ التسريح من الزوج طلاق ولا يجب ذلك بالإجماع، ولأن حق الجماع في النّكاح فوق المال علىٰ ما مر، فلم يجز أن يقاس فوت الأدنىٰ علىٰ الأعلىٰ في إثبات خيار الرد، ولأن حق المرأة مال ويتأخر بعدم الردّ وحق الرجل في الرد يفوت في الجماع وحق الجماع في باب النّكاح أصل والمال تبع والفوت فوق التأخير والضرر مدفوع في الإسلام، فوجب دفع الأهم إذا تقابلا بخلاف العنة، لأن حق المرأة جماع وفي ترك الردّ فوت لأنه لا يصير جماع ذلك الوقت ديناً علىٰ الرجل فساوىٰ ما يفوت علىٰ الرجل بالرد وترجح جانبها لحاجتها إلىٰ الجماع وغنية الرجل عن جماعها، فثبت أن لا ظلم ههنا، لأن الزوج معذور غير متعنت ولا تعليق عن اقتضاء الشهوة لأنها تقضي من مال آخر، وإنما فيه تأخير

---

[1] ما بين [ ] ليس في «س» والمثبت من «أ»، «ن»، «ص».
[2] «ن» (محتاج).
[3] ما بين [ ] ليس في «س» والمثبت من «أ»، «ن»، «ص».
[4] «أ» (التأخر سبب).
[5] «أ» (بالمعروف).

إذا مال بسبب العسر كما في المهر بخلاف عجز المولىٰ عن نفقة عبده لأنا نأمره بالبيع وليس في البيع ضرر. ألا ترىٰ أنّ الشرع ولىٰ الوصي بيع مال اليتيم والضرر حرام باليتيم ولئن اعتبر ضرراً إذا لم يرض به المالك كان ضرر فوات[١] العبد إلىٰ بدل مثله، وحق العبد في أن يحيىٰ بالنفقة يفوت إذا لم يُبع لا إلىٰ خلف ونفقة أخرىٰ دارة فكان الميل إلىٰ فوت مختلف مثله لا نقصان فيه معنىٰ أولىٰ، وفي المسألة نصوص.

أما الشافعي فإنه يحتج بقول الله تعالىٰ: ﴿فَإِمْسَاكٌۢ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌۢ بِإِحْسَٰنٍ﴾ [البقرة: ٢٢٩]، والإمساك بالمعروف أن يوفيها حقها في[٢] الجماع والنفقة، فإذا عجز عن إيفاء الشرط وهو حقها لم يبق الإمساك حقاً له وصار غير لازم فتمكنت المرأة من الردّ.

وسئل سعيد بن المسيب عن هذه المسألة فقال: «يفرق بينهما فقيل أهو سنة فقال: سنة، والسنة المطلقة طريقة رسول الله»(٣).

وعن عمر وعلي ﵄ أنهما كتبا إلىٰ أمراء الأجناد أن مروا من قبلكم من الرجال أن يبعثوا بنفقة نسائهم أو بطلاقهن(٤).

ولنا: قول الله تعالىٰ: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: ٢٨٠]،

---

[١] «ن» (فوت).

[٢] «ص» (من).

(٣) رواه ابن أبي شيبة في «مصنفه» (١٩٠١٣)، والدارقطني في «سننه» (٣٧٨٢).

(٤) رواه البيهقي في سننه الكبير (٧/٤٦٩) برقم: (١٥٨٠٨) وعبد الرزاق في مصنفه (٧/٩٤) برقم: (١٢٣٤٧) وابن أبي شيبة في مصنفه (١٠/١٥٠) برقم: (١٩٣٥٨).

فالله تعالىٰ جعل العسرة سبباً للنظرة إلىٰ الميسرة والنظرة التأخير، فلما صارت العسرة سبباً لتأخير مال[١] واجب في الذمة، فلأن[٢] تكون سبباً بتأخير ما[٣] لم يجب بعد من النفقة أولىٰ والنفقة مال بعوض[٤] الوجوب ولم يجب بعد فتتأخر المطالبة بالعسر، فإذا[٥] تأخرت شرعاً لم يبق لها حق الفراش[٦]، كما لو أجلت بنفسها، ولأنه لما تأخر شرعاً سقط حقها والفراق كان لفوت[٧] حقها ولم يدخل تحت الآية نفقة العبد لأنها لا تصير دينا علىٰ المولىٰ فلا يكون تأخيراً لو سقطت المطالبة بل يكون[٨] تفويتاً، والعسر ليس بسبب للفوت.

❊ فإن قيل: التأخير إلىٰ الميسرة وهي غير معلومة إبطال.

❊ قلنا: إنا لم نثبت ذلك بالرأي[٩] بل الله تعالىٰ أثبته في الدين الواجب فأثبتنا في الذي دونه وجوباً استدلالاً به.

والجواب عن احتجاجهم بالآية: إنها ليست بحجة لكم لأن الله تعالىٰ خير الزوج بين الإمساك بالمعروف أو التسريح بالإحسان، والتسريح من جانب الرجل طلاق، وإنه يجعل الخيار للمرأة بسبب العيب[١٠].

[١] «ص» (ملك).
[٢] «أ» (فلا).
[٣] «أ» (مال).
[٤] «أ» (بعرض).
[٥] «ن» (وإذا).
[٦] «أ»، «ن» (الفراق).
[٧] «ص» (كالفوت).
[٨] «ن»، «ص» (كان).
[٩] «ص» (بالتأخير).
[١٠] «ن» (العنت).

فأما قوله: إذا لم يمسك بالمعروف صار النّكاح غير لازم فليس في الآية ذلك بل فيها[١] أن الزوج يلزمه أحد الأمرين، وليس في لزوم الزوج التسريح إذا لم يمسك بالمعروف ذهاب صفة اللزوم عن النّكاح حتىٰ تمكن المرأة[٢] من الرد [كما][٣] في الإيلاء علىٰ أصله، ولأنّك تمكّنها من الرد بعيب[٤]، وترك الإمساك بالمعروف ظلم من الزوج والظلم غير العيب بالمعقود[٥] عليه.

ولأن الإمساك بالمعروف معتبر بحال الزوج علىٰ الموسر قدره وعلىٰ المقتر قدره، وعلىٰ الذي لا يجد شيئاً قدره أيضاً، وهو الالتزام في الذمة، ولأن المراد بالمعروف أن لا يمنعها حقها التي[٦] استحقت المطالبة به، فإنها إذا أجلت النفقة ثم طلبت الفراق بسبب عدم النفقة لم يكن لها ذلك. وكذلك بعدم الجماع لا تملك الفراق بعد[٧] الجماع مرة لأنه لم يبق لها مطالبة. وقد أقمنا الدلالة علىٰ أنه لا مطالبة لها بالنفقة مع العسرة، ولأنه كما عجز عن الإمساك بمعروف القادر فقد عجز عن التسريح بإحسان يكون من القادر وهو أن يوفيها مهرها ومتعتها ونفقة عدتها.

وعن ابن عباس وعائشة ﷺ أنّهما قالا في تأويل الآية: «إنّه الزوج يطلق امرأته طلاقاً رجعياً فيمسكها بالرجعة علىٰ قصد الإمساك أو يسرحها بالترك

---

[١] «ن» (فيها).

[٢] «ص» (هي).

[٣] ما بين [ ] ليس في «س» والمثبت من «أ»، «ن».

[٤] «أ» (بالعيب).

[٥] «ص» (من المعقود).

[٦] «أ»، «ص» (الذي).

[٧] «ص» (بعيب).

لتنقضي عدتها ولا يراجعها على أن يطلقها ثانياً فتطول العدة عليها»(١).

وأمّا حديث سعيد بن المسيب فليس بحجة لأنه تابعي.

وأمّا السنّة فيراد بها سنّة الرسول وسنة الصحابة على ما بينا في موضعها، وقد ظهر من سنة عمر وعلي رضي الله عنهما أنهما كان يأمران بالفراق على ما روى الخصم وذلك فراق الطلاق[٢]، وقد ترك القول به إلا على سبيل المصلحة دون الوجوب عيناً.

ولأنّ قول القائل إنّه سنة صحابي لا يصير حجة حتى يتبين [أنّه][٣] [من][٤] هو من جملة الصحابة فقد كان فيهم من لا يتبع وقوله دون قول التابعي.

والجواب عن حديث عمر وعلي رضي الله عنهما أنّه متروك بالإجماع إلا على سبيل المصلحة[٥] مخافة نشوز النّساء بسبب إعراض الرجال [عنهن][٦] بأنفسهن وأموالهم مع القدرة على المال.

وللإمام أن يأمر على سبيل السياسة بما فيه مصالح العامة فصار[٧] الخبر حجّتنا.

---

(١) رواه مالك في الموطأ (٨٤٧/٤) برقم: (٢١٨٣) والترمذي في جامعه (٤٨٢/٢) برقم: (١١٩٢)، والبيهقي في سننه الكبير (٣٣٣/٧) برقم: (١٥٠٦٠)، وابن أبي شيبة في مصنفه (١٩٦/١٠) برقم: (١٩٥٦٢).

[٢] «ص»، «أ» (طلاق).

[٣] ما بين [ ] ليس في «أ».

[٤] ما بين [ ] ليس في «ن».

[٥] «ص» (لا على المصلحة).

[٦] ما بين [ ] ليس في «ن».

[٧] «ص» (وصار).

ولأنّ المرأة لو ثبت لها خيار الردّ [بسبب عدم النفقة][١] لما احتاجا إلى الكتاب ولكانت المرأة ترد

فتتخلص ولا تمتنع على أصل الخصم بغيبة[٢] الأزواج.

والدليل عليه: أنّ الشافعي يخيرها بسبب العجز عن النفقة ـ والجندي غير عاجز لأن الكفاية تجب في بيت المال ـ والموسر إذا لم ينفق أجبر على الإنفاق[٣] ولم يخيِّر المرأة.

فجملة الجواب عندنا أنّ النّكاح لا يحتمل الرد بالعيب ولا يجب الفراق بعد التمام من غير عيب إلا بجهة خلل[٤] في الجماع دون خلل في المال، والله أعلم.

|٥٧٧| مسألةٌ: الفرقة الواجبة بإسلام أحد الزوجين لا تقع إلا بقضاء عند [عامة][٥] علمائنا رحمهم الله[٦] وبالردة تقع بنفس الردة بغير قضاء.

وقال الشافعي(٧) رحمه الله: في جميع ذلك إن لم تكن المرأة مدخولاً بها وقعت الفرقة للحال، وإن كانت[٨] مدخولاً بها وقعت بعد انقضاء العدة وذلك لأن هذه

---

[١] ما بين [ ] ليس في «ن».

[٢] في حاشية «أ» (بغيب).

[٣] «س» (الارتفاق) والمثبت من «أ»، «ص».

[٤] «ن» (الخلل).

[٥] ما بين [ ] ليس في «س»، «أ»، والمثبت من «ن».

[٦] «ص» (عندنا).

(٧) انظر: «الأمّ» (٦/١٧٣)، «الحاوي الكبير» (٩/٢٩٦).

[٨] «أ»، «ن» (كان).

فرقة وجبت بسبب طارئ غير مناف للنكاح حكماً، فوجب أن تتعجل في غير المدخول بها وتتأجل إلىٰ انقضاء العدة في المدخول بها قياساً علىٰ الفرقة بطلاق.

وإنما قلنا طارئ لأنها تجب لاختلاف الدينين وإنه طارئ، وإنما قلنا غير مناف حكماً بدليل أن النّكاح باق مع الاختلاف، وكذلك مع ردتهما جميعاً معاً علىٰ أصلكم، وما ينافي حكماً لا يتصور معه البقاء كملك اليمين وحرمة الرضاع والمصاهرة والنسب.

ولنا: أن الفرقة في إسلام أحدهما فرقة وجبت بسبب الظلم المتعلق بإمساك الملك[١] فلا تجب إلا بالقضاء بالتفريق قياساً علىٰ العنّة عندنا والإيلاء عندكم، وقياساً علىٰ عبد الذمي يسلم فإن الملك لا يزول بنفسه بل بالقاضي إذا امتنع المالك من الإزالة.

وتأثيره أن الظلم بنفسه ليس من أسباب الفرقة في النّكاح أو إزالة الملك، فلا تتعلق الفرقة بعينه، وإنما تجب الفرقة به إذا لم يمكن دفعه إلا بالفرقة فتكون ولاية الإزالة للقاضي إذا تعذر من جهة الظالم.

وإنما قلنا إنها فرقة وجبت بسبب الظلم لأن الفرقة وجبت بعد إسلام أحدهما[٢]، فكان الإسلام هو الطارئ من السبب الذي وجبت الفرقة عقيبه، ولا يجوز أن يضاف إليه لأنه سبب لعصمة الإملاك لا برفعها[٣]، ولأن قرار النّكاح

[١] «أ» (المرأة).

[٢] «ص» (بعد الإسلام من أحدهما).

[٣] «ن»، «ص»، «أ» (لرفعها).

يقف على زوال كفر الآخر لا زوال إسلام هذا، فعلم أن الفراق كان بسبب كفر الباقي منهما دون الإسلام.

❁ فإن قيل: إن الإسلام يحرم ما خبث على المسلم كرامة له[١]،[٢] كما حرمت الأمهات على الأبناء كرامة لا عقوبة، إلا أن الباقي إذا أسلم زال الخبث فلم تجب الفرقة.

❁ قلنا: إذا حرمت للخبث كانت الحرمة مضافة إلى الخبيث لأن المعنى المحرم فيه وبارتفاع الخبث منه يرتفع وجوب الفرقة غير أنه علة للحرمة على الطيب دون خبيث[٣] مثله. ألا ترى أن الميتة حرمت لخبث فيها، وكذلك الكلب، وكذلك الخمر فكانت الحرمات مضافة إلى معان فيها دون المسلمين، والأم لما حرمت كرامة لا خبثاً، وسبب الكرامة فيها أضيف إليها.

❁ فإن قيل: الفرقة وجبت بسبب كفر الأخر إذًا!

❁ قلنا: لا يجوز أن يجعل عينُ كفره رافعاً، لأن العقد انعقد مع عين هذا الكفر، وما يرفع[٤] يمنع من طريق الأولى، [وما لا يمنع لا يرفع من طريق الأولى][٥].

❁ فإن قيل: الكفر رافع في مقابلة الإسلام لا في مقابلة الكفر وإنه مانع في

---

[١] «ن»، «ص» (للمسلم).

[٢] زاد في حاشية «أ» (وهذا).

[٣] «أ»، «ن» (خبث)، «ص» (الخبيث).

[٤] «ن» (يرتفع).

[٥] ما بين [ ] ليس في «س»، «ن»، «ص» والمثبت من «أ».

مقابلة الإسلام، فإنه[١] لو ابتدأ النّكاح على هذه الحال لم يجز.

۞ قلنا: لا يخلو إما أن يكون رافعاً بحكمه على سبيل المنافاة أو بعينه على سبيل أن الشرع جعله [سبباً][٢] رافعاً كالطلاق على ما قلته.

ولا يجوز أن يكون [بحكمه على ما قلته، ولا يجوز أن يكون][٣] بعينه لأنه ليس معك نص على ما تدعيه، وبالرأي لا يستقيم: لأن أسباب الفرقة[٤] المشروعة للفُرَق لا تكون إلا باللسان، فأما القلب وحده فلا يوجب فرقة، والكفر أمر يكون بالقلب وحده(٥) وكذلك إباء الإسلام بالكف[٦] عن الإسلام عزمة[٧]، ولأن الكفر كان قبل النّكاح ويبقى مع إسلام الآخر بعده فلا يمكن إضافة الفرقة إلى عينه.

والسبب المشروع للفرقة على[٨] النّكاح لا يتصور في غير نكاح.

فأما قوله أنّ هذا المعنى يمنع الابتداء، فجوابه: أنه ليس ما منع رَفَع،

---

[١] «ن»، «ص»، وحاشية «أ» (فإنهما).

[٢] ما بين [ ] ليس في «س»، «ن»، «ص» والمثبت من «أ».

[٣] ما بين [ ] ليس في «ص».

[٤] «ن» (الفرق)، «ص» (الأسباب المشروعة للفراق).

(٥) كما أنّ الكفر والردة يكون بالقلب فهو يكون كذلك بالقول والفعل، وفي هذا يقول: علاء الدين الكاساني الحنفي (٥٨٧هـ): "وأما بيان أحكام المرتدين فالكلام فيه في مواضع، في بيان ركن الردة، وفي بيان شرائط صحة الركن، وفي بيان حكم الردة أما ركنها، فهو إجراء كلمة الكفر على اللسان بعد وجود الإيمان، إذ الردة عبارة عن الرجوع عن الإيمان، فالرجوع عن الإيمان يسمى ردة في عرف الشرع" بدائع الصنائع (١٣٤/٧).

[٦] «أ» (بالكفر).

[٧] حاشية «س»، وحاشية «أ» (عزيمة).

[٨] «ن»، «ص» (عن).

كالعدة عن الغير وملك المكاتب يمنع المولىٰ[١] عن نكاح أمته ولا يرفع إذا اشترىٰ المكاتب امرأة مولاه وإنما منع الابتداء لأن هذا الاختلاف يحرِّم التمتع بها طارئاً بلا خلاف.

وما حرم التمتع بالمرأة يمنع العقد كالعدة عن الغير ولكن لا يرفع النّكاح كالعدة بخلاف حرمة الحيض فإنّ التمتّع بها وراء الوطء حلال، فثبت أن الفرقة وجبت لمعنىٰ[٢] تحت الاختلاف من حرمة المتعة، وهو أن النّكاح جعل إباحة المتعة بالمرأة حقاً للزوجين علىٰ الدوام، فالحل مشترك وإن اختلفا في الملك فإذا حرمت المتعة جملة غير مؤقتة والنّكاح ما شرع إلا لفائدة المتعة، جاء الظلم من الذي بسببه حرمت المتعة أبداً حتىٰ بقي الملك بلا[٣] ثمرته، وكان الإمساك مع هذه الحرمة ظلماً وإمساكاً مع فوت المعروف بوضع الشرع فكان ظلماً[٤]، بمنزلة[٥] فوت الجماع أصلاً مع قيام الحل إلا أنّ ذلك ظلم بالمرأة من الرجل بأن منعها[٦] حقها فيسقط[٧] برضاها، وهذا الإمساك ظلم بأصل وضع الشرع فإنه بناه علىٰ المعروف وقد فات، ولأنه ثبت لمثل هذا الظلم أثر في إيجاب الفرقة وإزالة الملك في غير هذا[٨]، كما إذا أسلم عبد الذمي فحرم علىٰ الكافر استخدامه فإنه يجب الإزالة بسبب حرمة ثمرة الملك لأنه يصير كالسائبة[٩]

---

[١] «أ» (الولي).

[٢] «س» (إلىٰ)، والمثبت من «أ»، «ن»، «ص».

[٣] «أ»، «ن»، «ص» (بلا).

[٤] «ن» (ظالما).

[٥] زاد في «أ» (ظلم).

[٦] «س» (منعناها) والمثبت من «أ»، «ن».

[٧] «ص» (فسقط).

[٨] «ص» (الموضع).

[٩] «س» (كالنيابة).

والحبيس[١] بخلاف الحرمة بالعدة لأنها تحرم مؤقتة فلم تفت أصلاً فأشبه فوت الجماع بمرض فإن بناء المرض على الزوال على[٢] العادات فلا يفوت أصل الجماع بل يؤخره، فإذا جاءت العنة تحقق الفوت لأنها مما يتأبد في العادة وكذلك إذا لم يجامع متعنّتا لأنه يفوت باعتقاده وقد اعتقده أبداً، وكذلك بالكفر لأنه اعتقاد أبدي، فالحكم للأبد حتى يقوم الدليل على تركه وهذا كما قال الشافعي(٣) ﷺ: إنه إذا آلى منها وجبت الفرقة بالقضاء إذا مضت المدة[٤]، لأنه بالإيلاء حرم القربان على نفسه ويترك الفيء في المدة حقق أنه مصرّ على ذلك أبداً فأوجب الفرقة إلا أنّه لما ثبت بالدليل عندنا أن الإيلاء بنفسه طلاق لم يحتج إلى القضاء. أو لأن اليمين ما حرّم المتعة شرعاً لأن الشرع يأمره بالجماع وتحنيث نفسه فلم يجز أن تجب الفرقة لظلم التعليق ولا حرمة حل ولا فوت، وكذلك بالإجماع إذا أسلم عبد الذمي وجبت الإزالة عن ملكه لحرمة الاستخدام عليه الذي هو مقصود الملك فثبت أن لهذه الحرمة تأثيراً في الإزالة بالقضاء لا في الزوال بنفسه، والله أعلم.

وأما ردة أحدهما فسبب موجب للفرقة على سبيل المنافاة بحكمها فتجب بنفسها قياساً على ملك اليمين يطرأ على ملك النّكاح والمصاهرة.

وإنما قلنا ذلك لأنها ليست بسبب للفرقة وضعاً بدليل أن الردة اسم لتبديل الدين لا لقطع النّكاح شرعاً ووضعاً، وكذلك[٥] يصح في غير نكاح ولأنّ الردة

---

[١] «ص» (كالمحبس).

[٢] «ص» (في).

(٣) انظر: «مختصر المزني» (٣٠٤/٨)، «الحاوي الكبير» (٣٤١/١٠ ـ ٣٤٢).

[٤] «ص» (انقضت العدة).

[٥] «ن»، «ص» (ولذلك).

تكون بالقلب وحده(١)، وأسباب الفرقة[٢] لا تكون إلا باللّسان، وبالإجماع وقعت الفرقة عقيب الردة بلا فصل في غير المدخول بها ثبت أنها وقعت لمنافاة بينهما حكماً إذ لا ثالث ها هنا ولأنها ظهرت عقيب الردة.

وللردة أثر في إبطال العصمة حكماً لا وضعاً، فإن المرتد يقصد بالردة عصمة دمه ويباح حكماً وكذلك يزول ملكه إذا لحق بالدار مرتداً وعلىٰ أصل أبي حنيفة رحمه الله يقف للحال علىٰ الزوال ويحرم الوطء بها بالإجماع.

وإذا كان كذلك صحت الإحالة عليه بخلاف طريان الإسلام، ولا يلزم إذا ارتدا فإن الفرقة لا تقع استحساناً لأن لاختلاف الدينين أثراً في الحرمة وللاتفاق أثراً[٣] في الحلّ، فإن نكاح المجوسيين جائز وإذا أسلم أحدهما لم يجز فإن صارت ردة أحدهما مع إسلام الآخر منافية للنكاح حكماً لا يدل علىٰ أنّهما إذا اتفقا علىٰ الردة أوجبت التنافي، وقد زال الاختلاف وهو مؤثر كما أن الردة مؤثرة وهذه هي الحجة[٤] علىٰ زفر رحمه الله، فإن هذه فرقة أحيلت إلىٰ ردة أحدهما دون الآخر في موضع الإجماع فلا يتعدىٰ إلىٰ الفرع حكمه إذا اتفقا علىٰ الردة لأن حال الاتفاق دون حال الاختلاف في تحريم النّكاح.

وقد احتج علماؤنا رحمهم الله: بردة العرب في زمن أبي بكر رضي الله عنه ثم إسلامهم من غير أن يتعرض[٥] أحد لأنكحتهم. وهذا لأن المحرّم ردة أحدهما علىٰ إسلام الآخر، ولم تظهر الردة بهذا الوصف فلا يجب للإمام التعرض.

(١) سبق التنبيه أنها تكون كذلك بالقول والفعل.
[٢] «س» (وأصناف الفرق)، والمثبت من «أ»، «ن»، «ص».
[٣] «ن» (أثر).
[٤] «ن» (وهو الحجة).
[٥] «أ» (أن تعرض).

ولنا في المسألة آثار: روي أنّ دهقانة نهر الملك أسلمت فعرض عمر رضي الله عنه على زوجها كردوس التغلبي الإسلام فأبى، وقال: إن العرب لتتحدث أني أسلمت لبضع امرأة ففرق عمر بينهما(١)، ولم تشتغل بالعدة.

وسئل ابن عباس رضي الله عنهما عن هذه المسألة فقال: «يفرق بينهما»(٢).

وروي في امرأة الذميّ إذا أسلمت أنّها أملك بنفسها[٣]، أي لا يد لزوجها عليها ما دام على هذه الحالة توفيقاً بين القولين، ألا ترى أنّه لم[٤] يفصل بين الدخول وعدمه.

وعن علي رضي الله عنه: «الزوج أحقّ بها ما داما في دار الهجرة»(٥).

وهو مذهبنا، فإنّ الحق لا ينقطع بنفس الإسلام عندنا حتى يقضي القاضي أو يلتحق الكافر بدار الحرب ناقضاً للعهد.

|٥٧٨| مسألةٌ: أمّا إذا أسلم أحدهما في دار الحرب لم تقع الفرقة إلا بالعدة دخل بها أو لم يدخل[٦]، لأنّ حرمة المتعة قد حصلت، وهي سبب لوجوب

---

(١) رواه عبد الرزاق في مصنفه (٦/٨٣)، وابن أبي شيبة في مصنفه (٤/١٠٥) برقم (١٨٣٠١)، والطحاوي في شرح معاني الآثار (٣/٢٧٩) برقم (٥٢٦٩).

(٢) رواه عبد الرزاق في مصنفه (٦/٨١) برقم (١٠٠٧٣) قال: عن رباح، عن معمر، عن عبد الكريم أبي أمية، عن عكرمة، عن ابن عباس في النصرانية تكون تحت النصراني فتسلم قبل أن يدخل بها قال: «يفرق بينهما، ولا صداق».

[٣] «ن» (لنفسها).

[٤] «ن» (لا).

(٥) رواه ابن أبي شيبة في مصنفه (٤/١٠٦) برقم (١٨٣٠٨).

[٦] «ن»، «ص» (دخل بها أم لا).

الفرقة بالقضاء وقد تعذر القضاء في دارهم فوجب إقامة سبب له أثر في الفرق[١] مقام القضاء وهو انقضاء العدة فله أثر في الطلاق الرجعي، وكذلك في موت الرجل، فإنّ النّكاح ينقطع بالعدة علىٰ ما بينا في مسألة المرأة تغسل زوجها الميت.

❊ فإن قيل: انقضاء العدّة شرط لوقوع الفرقة.

❁ قلنا: إنّ الشّرط يقام مقام العلّة في إيجاب ضمان المتلف[٢] عند عدم العلة صيانة للمال، علىٰ ما بينا في مسألة الأسباب فكذلك ها هنا تقام مقام العلة لما تعذر اعتبار العلة.

|٥٧٩| مسألةٌ: قال أبو حنيفة ﷺ: الكافر المستأمن إذا اشترىٰ عبداً فأسلم علىٰ يده فأدخله دار الحرب عتق، لأن الإحراز بدار الحرب سبب مزيل للملك، فإن الكافر إذا غلب علىٰ مالِنا وأحرزه بداره ملكه. فلما تعذر القضاء بالإزالة أقيم الإحراز في الإزالة مقام القضاء في الإزالة.

❊ فإن قيل: إحراز مال نفسه لا يكون سبباً للإزالة.

❁ قلنا إن الاحراز في مالنا سبب[٣] للإزالة فلما لم نجد سبباً آخر أولىٰ منه أقمناه مقام القضاء وإن لم يكن علة في هذا المحل لوجود صورة المزيل، وإن لم يعمل لعدم المحل كما أقمنا العدة وهي شرط الزوال مقام العلة وإن عدمت العلة.

[١] في حاشية «أ» (العرف).

[٢] «ن» (التلف)، «ص» (التكليف).

[٣] «أ» (بسبب).

|٥٨٠| [مسألةٌ)][١]: وكذلك قال أبو حنيفة رحمه الله في عبد الحربي: إذا أسلم ثم باعه من مسلم عتق، لأن البيع سبب مزيل فيقام مقام القضاء وإن لم يكن مزيلاً إلى العبد بل موجبا للملك عليه، والله أعلم.

|٥٨١| مسألةٌ: ثم اختلف أصحابنا رحمهم الله فيما بينهم[٢] في اختلاف الدينين الموجب للفرقة:

قال أبو حنيفة: إنه طلاق في إباء الزوج الإسلام وفرقته بغير[٣] طلاق في غير ذلك.

وقال أبو يوسف رحمه الله: فرقة بغير طلاق في جميع ذلك، وقال محمد رحمه الله: فرقة بطلاق في إباء الرجل[٤] الإسلام وردته جميعاً وفرقة بغير طلاق فيما عدا ذلك.

لأبي يوسف رحمه الله: أنّ الفرقة بهذا السبب مما يشترك فيه الزوجان فلا تكون طلاقا كالردة لأن المرأة لا شرك لها في سبب هو طلاق ولا أيضاً لها ملك تفريق قطعاً للملك، فلما وجبت هذه الفرقة بإباء المرأة علم أنها وجبت إزالة لظلم وقع بما شرع الله، فيكون القاضي نائباً عن الله في استيفائها فلا يكون طلاقاً إذ هو مخصوص بالنيابة عن الزوج.

ولهذا قلت: إن فرقة اللعان فرقة بغير طلاق لأنها وجبت بالتلاعن

[١] ما بين [ ] ليس في «س»، «أ»، «ن»، والمثبت من «ص».
[٢] «ن»، «ص» (بيّنا).
[٣] زاد في «أ» (ذكر).
[٤] «ص» (الزوج).

والزوجان مشتركان في التلاعن.

ومحمد ﷺ يقول: إن هذه فرقة وجبت بسبب من الرجل لا على سبيل المنافاة حكماً بدليل ما قاله الشافعي ﷺ: فكانت[١] قصدية والزوج لا يملك الفرقة القصدية إلا بطلاق.

ولأبي حنيفة ﷺ: إنّه طلاق في إباء الزوج الإسلام لما ذكرنا أن الفرقة وجبت بسبب ظلم ثبت بحرمة المتعة وسبب الحرمة كفر الرجل فلزمه إزالة الظلم برفع الحرمة وذلك بالإسلام أو برفع النّكاح لينفتح باب النّكاح بثمرته فإذا أبى الأمرين ناب القاضي عنه فيما يحتمل النيابة من الرفع كما في العنة، والنيابة عنه فيما يرفع النّكاح لا تكون إلا طلاقاً، فصار طلاقاً لا بسبب حرمة المتعة التي يشترك فيها الزوجان ولكن بسبب أن الرجل[٢] يملك رفع الظلم بطلاقه، فإذا امتنع ناب القاضي عنه ومن جانب المرأة لا يكون طلاقاً لأنها لا تملكه ولا تملك تفريقاً آخر، فلا يمكن الإنابة عنها في التفريق فجعل نائباً من جهة الشرع لما تعذر من جانب الظالم، فصار ولاية القاضي في هذا الباب غير تلك الولاية فلم يكن بينهما اشتراك فيما ثبت للقاضي من الولاية.

وأما الردة فقد ذكرنا أنها توجب الفرقة على سبيل المنافاة بحكمها فلا يكون طلاقاً كملك الرجل امرأته وقد مرّ الجواب عن كلام محمد.

وكذلك فرقة اللّعان طلاق عند أبي حنيفة ومحمد ﷺ لأنّ الحرمة ثبتت باللعان، وسبب اللعان قذف الرجل، فأمّا التلاعن فحد موجب للحرمة والمرأة

---

[١] «ن»، «أ» (فكان).

[٢] «ص» (الزوج).

مجبرة على الاستيفاء منها فينتقل حكم الظالم[١] كله إلى الرجل الذي قذف مختاراً ويصير القاضي نائباً عنه في إيجاب الفرقة دفعاً لظلم التعليق، والله أعلم.

|٥٨٢| مسألةٌ: الحربية المنكوحة إذا سبيت دون زوجها بانت، وكذلك المرأة إذا أسلمت وخرجت إلينا مراغمة لزوجها، وكذلك العبد يسلم ويخرج مراغماً لمولاه يعتق.

واختلفوا في العلة:

قال علماؤنا رحمهم الله: علة الفرقة والعتق تباين الدارين بين المملوك والمالك شخصاً وحكماً، ونعني بالدارين دار الإسلام ودار الحرب، والفرق بينهما بقيام الولاية، ونعني بالحكم أن لا يكون في الدار التي دخلها عارية بل كان منها حكماً.

وقال الشافعي(٢) رحمه الله: العلّة وقوع القهر الموجب للملك على الكافر حتى إذا أسلمت المرأة وخرجت غير مراغمة ولا قاصدة القهر على الزوج لم تبن، وإذا سبي الزوجان معا بانت المرأة لوقوع الملك على المرأة بالقهر، وعندنا إذا سبيا معاً لا تقع الفرقة، وإذا أسلمت المرأة وخرجت غير مراغمة بانت، فكل واحد منا يحتاج إلى إثبات علّته وإبطال علة الآخر كما فعلنا في مسألة علة الربا، أو مسألة الولاية على النساء.

أمّا الشافعي فإنه يحتج لبيان أنّ السبي سبب للفرقة بقول الله تعالى: ﴿وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلنِّسَآءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ﴾ [النساء: ٢٤].

---

[١] «ص»، «أ» (الظلم).

(٢) انظر: «الأم» (٤/٢٨٧)، «الحاوي الكبير» (١٤/٢٤١).

أي المنكوحات حرام إلا ما ملكت أيمانكم بالسبي ، فعلّق الحل بالسبي مطلقاً لا بسبيها دون زوجها مع علمنا بأن فيهن من سبيت مع زوجها .

وقال ﷺ في السبايا: «ألا لا توطء الحبالى حتى يضعن ، ولا الحيالى حتى تستبرئن بحيضة»(١) ، مع علمه ﷺ أن في السبايا منكوحات ومنهن من سبين مع أزواجهن .

وفي الآية والخبر دليل على أن الحل يتعلق بالملك والسبي دون تباين الدارين ، فإنه غير مذكور لإثبات[٢] الحل ، والمعنى يدل عليه ، وهو أن ملك النكاح ثابت بسبب مشروع وهو النكاح فيبطل على الحربي بالسبي قياساً على ملك اليمين ، وملك المنافع بالإجارة وملك الدين في الذمة .

فإنّ الحربي إذا سبي وعليه دين يبطل بالسبي وملك الحر نفسه ، فإنه ثابت له كرامة من الله تعالى ، وإنه يبطل بالسبي فملك النكاح أولى ، وهذا لأن السبي سبب ملك[٣] من حيث الاستيلاء ، والاستيلاء وقع على الشخص عاماً فيوجب الملك عاماً فيما صح ملكه شرعاً إلا ما لا يحتمل الملك بأسباب الملك من نحو الدم والحياة ونحوها ، ومحل ملك النكاح محتمل للتملك قصداً بالعقد فبالسبي أولى ، ولأن من استبرأ[٤] امرأته بطل ملك النكاح لأن ملك الرقبة يتضمن ذلك ، وذلك الملك له فلم يمنع تملكه ثانياً بسبب أقوى منه ، فكذلك ملك الحربي ها

(١) رواه أبو داود (٢٩٣/١) برقم (١٧٢٨٤)، والتِّرمِذي (١٥٦٤)، أحمد (١٢٧/٤) برقم (١٧٢٨٤)، والحاكم في مستدركه (١٩٥/٢) وقال: حديث صحيح، على شرط مسلم، ولم يخرجاه، والطبراني في المعجم الكبير (٢٧/٥) برقم (٤٤٨٨).

[٢] «أ»، «ص» (لإباحة).

[٣] «ص» (سلب ملكه).

[٤] «أ» (اشترى).

هنا، لأنّه لا حرمة لملكه فلا يكون مانعاً[١] ملك الرقبة من التعدي إلىٰ ملك المتعة بخلاف من اشترىٰ أمة منكوحة لغيره، لأن ملك المالك محترم لا يملك بسائر أسباب الملك ولا يبطل عليه بغير إذنه فمنع تعدي ملك الرقبة إليه.

ولا يلزم القصاص علىٰ الحربي إذا سبي فإنّه لا يبطل[٢] لأنّ القصاص عقوبة والعقوبات مما لا تملك بأسباب الملك فلا يعمل السبي فيها، ولأن الحربي متىٰ سبىٰ بقي حراً في حق الدم حتىٰ يصح إقراره علىٰ نفسه بالقصاص، فإذا لم يملك الدم منه وهو فارغ عن حق الغير فلا يملك مستحقاً للغير أيضاً.

فأمّا ملك المتعة فيقع بالسبي حال الفراغ فكذلك حال الشغل لأنه شغل لا حرمة له، ولأن حرمة ملك الحربي دون حرمته في نفسه، ونفسه تملك بالسبي فملكه أولىٰ حتىٰ إذا كانت الحربية منكوحة لمسلم أو ذمي لم تبطل بالسبي.

والذي يوضح الفرق بين السبي والشراء أن الشراء عقد تجارة لا يتناول إلا المال، والمستحق بالنّكاح ليس بمال فلا يتناوله الشراء قصداً وإنما يتضمنه تبعاً إذا لم يكن مملوكاً لأحد.

وأما السبي فسبب عام في كل محل يملك بأسباب الملك بل أعم من كل سبب، ألا ترىٰ أن الحر لا يملك بشراء ويملك بالسبي، وكذلك من اشترىٰ عبداً مديوناً بإذن[٣] الغريم لم يبطل الدين عن ذمته حتىٰ يؤاخذ به بعد العتق ولو سباه برئ عن الدين حتىٰ لا يؤاخذ به بعد العتق لأن وصف الذمة ليس بمال[٤].

---

[١] «أ» (مالكا).

[٢] «ن»، «ص» (لا يسقط).

[٣] «أ» (دون).

[٤] «ن»، وحاشية «أ» (لأن محلّه ذمة والذمة ليس بمال).

فأمّا الدّليل على أنّ تباين الدارين ليس بعلة ما روي أن زينب بنت رسول الله ﷺ أسلمت وهاجرت إلى المدينة وزوجها أبو العاص كافر بمكة ثم إنه أسلم بعد ذلك بسنتين وهاجر إلى رسول الله فردّها رسول الله على زوجها بالنّكاح الأول(١).

وأسلم أبو سفيان بمرّ الظهران في عسكر رسول الله، وامرأته هند بمكة ثم إنها أسلمت بعد الفتح فردت عليه(٢)، والهجرة إلى عسكر المسلمين بمنزلة الهجرة[٣] إلى دار الإسلام.

وأسلمت امرأة صفوان وامرأة عكرمة بن أبي جهل بمكة بعد الفتح وزوجاهما كانا [هربا][٤] كافرين ثم أسلما بعد ذلك فردّتا عليهما(٥).

وعن الزهري: لم يبلغنا[٦] أنّ امرأة هاجرت ثم أسلم زوجها فلم ترد عليه(٧).

والمعنى في المسألة: أنهما داران اختلفتا بحكم اختلاف ولاية الواليين فلا

---

(١) رواه أبو داود (٢٢٤٠)، والترمذي (١١٤٣) وقال «هذا حديث ليس بإسناده بأس، ولكن لا نعرف وجه هذا الحديث»، وابن ماجه (٢٠٠٩)، وأحمد (١٨٧٦) وصحّحه.

(٢) رواه البيهقي في «السنن الكبرى» (١٤٠٦٢).

[٣] «أ» (الهجران)، وفي حاشية «أ» (الهجرة).

[٤] ما بين [ ] ليس في «ن».

(٥) رواه مالك في «الموطأ» (٢/٥٤٥ برقم: ٤٦)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (١٤٠٦٤)، قال ابن عبد البر: «لا أعلمه يتصل من وجه صحيح وهو حديث مشهور معلوم عند أهل العلم والسير».

[٦] «ص» (بلغنا).

(٧) رواه مالك في «الموطأ» (١٥٥٠)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (١٤٠٦٥).

يكون تبدل أحدهما بالأخرىٰ سبباً للفرقة قياساً علىٰ داري أهل العدل وأهل البغي، ما تحت تبدل الدار إلا زوال اليد وانقطاع الولاية والنكاح لا ينقطع بزوال اليد ولا بانقطاع الولاية.

ولعلمائنا: قول الله تعالىٰ: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا جَآءَكُمُ ٱلۡمُؤۡمِنَٰتُ مُهَٰجِرَٰتٖ فَٱمۡتَحِنُوهُنَّ...﴾ إلىٰ قوله: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيۡكُمۡ أَن تَنكِحُوهُنَّ﴾ [الممتحنة: ١٠]، فالله تعالىٰ أباح النكاح بنفس الهجرة مؤمنات ولم يشترط الهجرة مراغمات لأزواجهن وقال: ﴿وَلَا تُمۡسِكُواْ بِعِصَمِ ٱلۡكَوَافِرِ﴾ [الممتحنة: ١٠]، أي: بنسائكم الكوافر اللاتي لم يهاجرن، أي: لا تعدوهن نساء لكم فلا عصمة بين الزوجين إلا بالزوجية. ألا ترىٰ أنه قال: ﴿وَسۡـَٔلُواْ مَآ أَنفَقۡتُمۡ﴾ [الممتحنة: ١٠] أي أمهرتم من نسائكم، ﴿وَلۡيَسۡـَٔلُواْ مَآ أَنفَقُواْ﴾ [الممتحنة: ١٠] أي: ما أمهروا من نسائهم بصلح كان جرىٰ بينهم علىٰ هذا وإنما كان رد المهر علىٰ فساد الأنكحة فلا يجوز زيادة شرط المراغمة بخبر الواحد أو بالقياس.

وروي أن النبي ﷺ حاصر الطائف فخرج إليه عبيد آباق مسلمين فاعتقهم رسول الله فلما أسلم أهلها لم يرد عليهم وقال: «أولئك عتقاء الله»(١) ولم يستفسر أنهم خرجوا مراغمين أم لا[٢].

والمعنىٰ في المسألة: أن تباين الدارين حقيقة وحكماً هو العلة في المرأة إذا سبيت وحدها للفرقة، وكذلك في المرأة تسلم وتهاجر مراغمة لزوجها لأن

(١) رواه أبو داود (٣/٦٥) (٢٧٠٠)، والترمذي (٥/٦٣٤) (٣٧١٥) وقال: حسن صحيح غريب لا نعرفه إلا من هذا الوجه، والحاكم (٢/١٣٦)، والطبراني في الأوسط (٤/٣١٦)، والحديث صححه الحاكم والذهبي.

[٢] «ص» (أو لا).

تباين الدارين حقيقة وحكماً في حكم الموت في حق ما بين الحربي والمسلم.

قال علماؤنا رحمهم الله في المرتد: يلحق بدار الحرب أنه يصير بمنزلة الميت حكماً يورث أملاكه ويعتق مدبروه، والموت سبب لوقوع الفرقة.

والدليل على أنه بمنزلة الموت حكماً: قال الله تعالى: ﴿أَوَمَن كَانَ مَيْتًا فَأَحْيَيْنَاهُ﴾ [الأنعام: ١٢٢] أي رزقناه الهدى، فالكافر ميت حكماً إلا أن أهل الذمة لما صاروا من دارنا ثبت لهم حكم الحياة [حكماً][١] بحق الدار في أحكام الدنيا لأن الدار دار الإسلام وهي من الدنيا.

فأما الحربي في حقنا فميت حكماً ما له من حرمة ولا عصمة كالبهمية السائبة، ولأن أحكام الله تنقطع بهذا التباين، لأن قيامها بولاية الالزام أو الإبلاغ أو بالاعتقاد والالتزام[٢] على ما بينّا في معاملات أهل الذمة قبل هذا أن أهل الحرب مبقّون[٣] على أحكام الجاهلية على الصحة كأن الخطاب لم ينزل بخلافها وهذه الأحكام التي فارقت الإنس البهائم من حيث الاستحقاقات[٤] ثابتة شرعاً[٥]، فإذا انقطع الثبوت في حقهم في دار الحرب لم تكن ثابتة في حقنا.

ولهذا يحل تملكهم بالاستيلاء[٦] كأنهم بهائم فلذلك[٧] كانوا موتى في

---

[١] ما بين [ ] ليس في «س»، «أ»، والمثبت من «ن»، «ص».

[٢] «ص» (الإلزام).

[٣] «ص» (منزلون).

[٤] «أ» (الاستحقاق).

[٥] «ص» (بالله تعالى شرعا).

[٦] «أ» (بالإسلام).

[٧] «أ» (فكذلك).

حق الاستحقاقات ولأن الخلاف في العبد والمرأة يسلمان ويهاجران غير مراغمين وهما ما هاجرا إلا لإحراز أنفسهما بالدار[١] عن الكفار فلا يعتبر القصد [إلى الحكم][٢] مع قيام العلة كما لو أخذ المسلم مال حربي وأخرج إلينا لا بقصد التملك أو أخذ الرجل صيداً لا يريد التملك.

ولهذا[٣] قلنا نحن إن الكفار إذا غلبوا على أموالنا وأحرزوها[٤] بدارهم [ملكوها][٥] لأن العصمة الثابتة بالإسلام تنقطع بدارهم لانقطاع أحكام الإسلام فتصير أموالنا [حينئذ][٦] بمنزلة أموالهم فتملك بالاستيلاء بخلاف دار البغي ودار العدل لأنّ البغاة مسلمون معتقدون أحكام الإسلام فلا ينقطع بانقطاع ولاية الإلزام لأن الإلزام[٧] فوق ذلك ولأن حقوق الإسلام ثابتة لهم لا يملكون بالاستيلاء ولا أموالهم وكذلك دارهم دار سلام[٨].

وكذلك الحربي يخرج إلينا مستأمناً فهو في حكم دار الحرب أو السلم[٩] يدخل دار الحرب[١٠] بأمان فهو في الحكم منا والعبرة للحكم أكثر من العبرة للشخص.

---

[١] «ص» (بدار الإسلام).
[٢] ما بين [ ] ليس في «ص».
[٣] في حاشية «أ» (مسألة).
[٤] «س» (وأحرزوهم) والمثبت من «أ»، «ن»، «ص».
[٥] ما بين [ ] ليس في «س» «أ»، «ن» والمثبت من «ص».
[٦] ما بين [ ] ليس في «أ».
[٧] «أ» (الالتزام).
[٨] «أ» (الإسلام)، «ن» (إسلام).
[٩] «أ» (المسلم).
[١٠] «ن»، «ص» (دارهم).

❖ فإن قيل: فعلىٰ هذا يجب أن ينقطع الملك بنفس إسلام المسلم منهما.

❁ قلنا: لا كذلك فإنّ هذا موت أثبتناه حكماً بخلاف الحقيقة شرعاً، وإنما ثبت شرعاً بتباين[١] الدارين حقيقة وحكماً، ولاعتبار الحقيقة أثر فإن ولاية الإلزام بها تنقطع فلا يجوز الغاؤها وإثبات الحكم بأحد الوصفين.

ولهذا قلنا نحن: إن[٢] عصمة المسلمين لا تثبت للذي أسلم ما لم يهاجر إلينا حتىٰ لا يكون لدمه قيمة، وتُستغنم أراضيه ومنقولاته ما ليست في يده وإذا بقىٰ(٣) علىٰ حكم دار الحرب في حق الملك انعدم التباين حكماً وشخصًا وإنما ثبت بنفس الإسلام من أحكام[٤] الإسلام ما هو من أحكام الآخرة.

❋ ❋ ❋

[١] «ن» (تباين).

[٢] «ن»، «ص»، وحاشية «أ» (بأنّ).

(٣) «ن» (أبقىٰ).

[٤] «س» (ما هو من أحكام) والمثبت من «ن».

[فَصْلٌ][1]

فأمّا الدليل على أنّ السبي ليس بعلة للفرقة فإنّه سبب لملك الرقبة مالا ، فلا يوجب بطلان نكاح الغير قياسا على الشراء وهذا لأنّ بطلان النّكاح[2] إما أن يكون بسبب وضع للتحريم والفرقة بنفسه ، أو باعتراض[3] ما ينافي النّكاح بحكمه على ما مر ، وأسباب ملك اليمين موضوعة لجلب الملك لا لإبطال الأنكحة.

ألا ترى أنّها تصحّ حيث لا نكاح وما وضع لإبطال [النّكاح][4][5] لا يصح في غير النّكاح ولا يجوز أن ينافيه بحكمه لأنّه لا منافاة بين ملك اليمين[6] ونكاح الغير شرعا لأنّهما يجتمعان بتزوج الرجل أمته[7] ، أو يشتري منكوحة الغير والمتنافيان حكما لا يجتمعان بحال كالمحرمية وملك النّكاح وملك اليمين والنّكاح لواحد.

ثم الدّليل على أنّ السّبي سبب لملك الرقبة مالا أنّ السّبي استيلاء واستغنام وأنّه سبب لملك المال كما في غير الآدميين وكما في الاصطياد[8] ، ما كان يعرف

---

[1] ما بين [ ] ليس في «س» ، «أ» ، والمثبت من «ن» ، «ص».

[2] زاد في حاشية «أ» (بما رفعه).

[3] «س» (أو باعتراض) ، والمثبت من «أ» ، «ن» ، «ص».

[4] ما بين [ ] ليس في «ص».

[5] زاد في حاشية «أ» (كالطلاق).

[6] «أ» (العين).

[7] «أ» (ابنته) ، «أ» (أمته).

[8] «ن» ، «ص» (وكالاصطياد).

الامتلاك[١] حقيقة إلا بالأيدي وإنما تثبت[٢] بالعقود شرعاً.

❁ فإن قيل: إنه سبب لملك ما يتملك بأسباب الملك فيوجب الملك في الرقبة والمتعة جميعاً فيبطل به ملك الحربي كما يبطل[٣] عن الرقبة ولا يبطل بالشراء لأن مالك ملك النكاح محترم[٤] كما لا يبطل بالسبي عندنا إذا كان ملك النكاح لمسلم أو ذمّي.

❁ قلنا: ملك المتعة مقصودٌ بسببه لا يثبت للمسلم إلا بما ورد الشرع به بشروط زوائد[٥] على ملك اليمين؛ من شهود وولي ومهر، وكذلك لا يثبت بالتعاطي حتى يعقد فكذا لا تثبت بالاستيلاء قصداً لأنه لا شهود ولا عقد وإنما شرع ملك المتعة بغير العقد تبعاً لملك الرقبة وإنما جعل تبعاً إذا لم يكن مملوكاً لأحد كما في الشراء فدعوى حكم سوى هذا يكون دعوى حكم بخلاف القياس فلا يمكن تخريجه بالرأي.

❁ فإن قيل: إنّا نجعله كذلك تبعاً كالرجل يشتري امرأته، فإنه يملك متعتها بحكم الشراء ويبطل نكاحه، [لأنّه][٦] حقّه فلا يمنع ثبوت حقه بملك الرقبة فصارت كغير[٧] المنكوحة إلا أن النّكاح إذا كان لمسلم أو ذمي لا يبطل[٨]

[١] في حاشية «أ» (الإهلاك).

[٢] «أ» (ثبتت).

[٣] «ن»، «ص» (بطل).

[٤] «أ» (محرم).

[٥] في حاشية «أ» (وزوائد).

[٦] ما بين [ ] ليس في «س»، والمثبت من «أ»، «ص».

[٧] «أ»، «ص» (لغير).

[٨] «ص» (فيبطل).

احتراماً له.

۞ قلنا: تملكه[١] ممّا يبطل نكاح نفسه على طريق المنافاة بحكمه شرعاً بدليل أنه يمنع أن ينكحها بعد ذلك ولا يجتمعان بحال لواحد، ولا منافاة في مسألتنا حكماً بين الملك الثابت بالسبي وملك نكاح الغير بدليل اجتماعهما بنكاح مبتدأ لهذا الزوج بعينه، ولأنه لا يبقى[٢] لو كانت منكوحة لمسلم على مذهبه والمنافي حكماً مناف كان محترماً أو غير محترم كحرمة الرضاع والمصاهرة والردة.

وإذا عدم المبطل لم يبطل النّكاح فبقي محترماً كان أو غير محترم بعدم ما يبطله وإذا بقي لم يرد عليه موجب آخر للملك لأن البضع ما بقي مملوكاً بالنّكاح لا يكون محلاً للأسباب الملك بحال، ولأنه لم يوضع ملك[٣] المتعة سبب مقصود له غير النّكاح، ثم ملك اليمين مع النّكاح إنما تنافيا لواحد لأن ملك اليمين جاء معاوناً لملك النّكاح لأن كل واحد منها يوجب الملك للواحد وملك الرقبة أقواهما سبباً لأنه ملك حقيقي، فلم[٤] يمتنع الثبوت بالأقوى لثبوته بالأضعف لأن حقه يتوفر بثبوته بالأقوى كرجل[٥] استأجر داراً ثم اشتراها أو أوصى له بخدمة عبده ثم أوصى له برقبته أو اشتراها بطلت الوصية بالخدمة. فأما إذا كان الأضعف يوجب الملك[٦] لزيد والأقوى لعمر ويجوز إثبات الأقوى دونه

---

[١] في حاشية «أ» (ملكه).

[٢] «أ» (لا ينفي).

[٣] «أ» (لملك).

[٤] «أ» (فلا).

[٥] «أ» (لرجل).

[٦] «ص» (إثبات الملك).

في الجملة لم يجز. ألا ترىٰ أنه إذا أوصىٰ لرجل بخدمة عبده والآخر[١] برقبته لم تبطل الأولىٰ بالثانية، وإن لم يكن لازمة فهذا اللازم أولىٰ، وهذا لأن ملك الرقبة لا يوجب ملك المتعة إلا بشرط فراغ المتعة عن ملك الغير بدليل أن ملك الرقبة لا يمنع طريان ملك المتعة لغيره بسببه فلا يرفعه بعد ثبوته من طريق الأولىٰ.

وإذا لم يتعرض للرفع لم يرتفع سواء كان محترماً أم لا لأن البقاء لعدم ما يرفعه لا لأن الرافع[٢] وجد ولم يعمل لمانع. وأشبه النّكاح من هذا الوجه القصاص فإنه لا يسقط بالسبي لأن ملك الرقبة لا يتعرض له.

ولا يلزم علىٰ هذا الجواب الدّين فإن السبي يبطله ولا يمنع ثبوته لأنه ذكر في المأذون أن العبد المديون إذا سبىٰ لا يسقط دينه، وإنما يسقط دين الحر لأن دين الحر لا يكون متعلقا برقبته لأنه حر لا يصلح لاستيفاء الدين منه فكانت الرقبة صافية عن الدين، فوقع الملك بالسبي صافياً، والعبد المأذون المديون سبي ودينه متعلق برقبته فوقع الملك كذلك مشغولاً بالدين لأن السبي لم يوضع للبراءة عن الدين قصداً لا[٣] لملك سليم عن حق الغير بل يوجب الملك علىٰ حال ما كان عليه أجزاء الشخص عند الاستيلاء، فكذلك يملك مع شغل النّكاح وإن أوجب عيباً[٤] به وليس بين ملك الرقبة والدّين منافاة حكماً فلم ينتف.

دلّ عليه: أنا سعينا لنجعل السبي كالشراء، ولو اشترىٰ المسلم حربياً حراً

[١] «أ» (وللآخر).
[٢] «س» (الأرفع)، والمثبت من «أ»، «ن»، «ص».
[٣] «أ» (ولا).
[٤] «ن» (عينا).

كان عليه دين سقط الدين عنه.

❁ فإن قيل: يجوز أن يكون الدين في الذمة بلا تعلق بالرقبة[١] كالعبد يقرّ بدين.

❁ قلنا: لا يجوز ذلك وإنما لا يطالب إذا أقر لأنه غير ثابت في حق المولىٰ لأنّ إقراره ليس بحجة عليه حتىٰ إذا ثبت بالاستهلاك معاينة بيع به.

❁ فإن قيل: بعد ما يباع لا يطالب العبد ولو كان الدين فوق الثمن بقي عليه حتىٰ يطالب به بعد العتق.

❁ قلنا: إنّما يتعلق في المالية[٢] معنىٰ الاستيفاء منه لا الوجوب فإنه يختص بالذمة، فإذا[٣] بيع فقد استوفىٰ الحق فكانت البراءة بحكم الاستيفاء بجميع ما كان، والزيادة لم يكن لها تعلّق بالمالية كزيادة الدين علىٰ قيمة الرهن لا تصير مضمونة بقبض[٤] الرهن.

فأما قدر المالية فلا بدّ للدين متىٰ بقي في ذمة العبد من التعلق بها كما في الرهن، ولو بقي شيء من الدين في ذمة الحربي الذي يسترق[٥] لتعلّق بالمالية فنافاه السبي لما[٦] أوجب الملك في المحل الفارغ سليماً عن الدين وهذا كما أن العبد إذا سبي[٧] وعليه جناية أوجبت[٨] المال برئ عنه، لأن الواجب هو

[١] «ن» (معلق بالرقبة).
[٢] «أ»، «ن» (بالمالية).
[٣] «ن»، «ص» (وإذا).
[٤] «ص» (بغير).
[٥] «ص» (سبي).
[٦] في حاشية «أ» (كما).
[٧] «ص» (سبي العبد).
[٨] «ص» (توجب).

الدفع بالجناية فكان يستحق بالجناية عين ما استحق بالسبي فنافاه السبي، ألا ترىٰ أنه ينفيه الشراء وتعليلنا للتسوية بينهما.

وكذلك الحربية تسبىٰ وعليها قصاص في اليد يسقط لأنه[١] بعد السبي تصير مالاً فيسقط القصاص إلىٰ مال علىٰ أصولنا، لأنه لا قصاص عندنا في أطراف المماليك، فإذا[٢] سقط وصار مالاً كان الجواب ما قلنا فيما إذا جنىٰ جناية أوجبت المال من الأصل فينافيه حدوث ملك جديد.

يدل عليه: أن الاختلاف ثابت في الرجل إذا سبي وحده فإن الفرقة تقع ولا يجوز أن يكون بالسبي لأن الزوج مالك في حق ما يملك بالنّكاح من النفس علىٰ ما عرف، فالبطلان من قبله إنما يكون بخروجه عن المالكية وهو بعد الرقّ في مالكية النّكاح كالحر. ألا ترىٰ أنه بعد الرق يملك فإذا لم يمنع ثبوته لا يوجب رفعاً بعد الثبوت، ألا ترىٰ أنّه لما صار مملوكاً في حق المالية لم يبق مالكاً للأموال[٣] بوجه.

❁ فإن قيل: حدوث الرق بالسبي أمر زائد فيضاف التنافي إليه.

❁ قلنا: إنّ الرق لما لم يناف النّكاح من الجانبين لا ينافي البقاء من طريق الأولىٰ، ولأن قول القائل: رقّ فلان تفسيره لغة: ضعف واحتبس لضعفه في يد غيره(٤)، وشريعة: صار عرضة للتملك بأسباب الملك حتىٰ يصير محتبساً شرعاً بالملك علىٰ ما بيّنا في كتاب العتاق، وأهل الحرب كلهم عرضة للتملك بأسباب

---

[١] «ن»، «ص»، «أ» (لأنها).

[٢] «ن»، «ص» (وإذا).

[٣] «ص» (في حق الأموال).

(٤) «تهذيب اللغة» (٨/٢٣٠).

الملك، فرقّهم لا يحدث بالسبي فإنّه سبب ملك يحدث به الملك وكانوا محلاً قبل ذلك إلا أنه لا[١] يظهر هذا الحكم قبل الاستيلاء لأنه حكم شرعي وحكمنا منقطع عنهم ما لم تصل أيدينا إليهم وإن نزل الخطاب به وثبت على ما بيّنا.

|٥٨٣| **مسألةٌ**: ولهذا قال أبو حنيفة: لا يصح إعتاق [العبد][٢] الحربي في دار الحرب لأن الرق لا يزول عنه عقوبة من الله، فإن أسلم الحربي أو صار ذمّة قبل الاستيلاء صار إلى الحرية، وإن بقي على دينه حتى وصلت إليه ولاية الإسلام يملك بالرق[٣] القائم فيه.

فأما الجواب عن الآية[٤]: فإن الظاهر أن المرأة تسبى دون الزوج فيحلّ بالملك فسقط شرط تباين الدارين بوجوده عادة.

وعن الثاني: أنه ورد في سبايا أوطاس وكنّ سبين دون الرجال فإنهم كانوا خرجوا للقتال فلما انهزموا لم يمكنهم الرجوع إلى الحصن. أو الجواب عنه مثل الآية وعن المعنى ما ذكرنا أن السبي بمنزلة الشراء.

وعن قوله[٥]: إنّ الحرّ[٦] يملك بالسبي فلا كذلك لما ذكرنا أن أهل الحرب أرقاء شرعاً ولكن لا يظهر قبل وصولنا إليهم، ألا ترى أنا نملكهم بالشراء.

[١] «ص» (لم).
[٢] ما بين [ ] ليس في «ص».
[٣] «ص» (الرق).
[٤] «ص» (عن احتجاجهم بالآية).
[٥] «ن» (قولنا).
[٦] «ص» (الحي).

وعن قوله[١]: الاستيلاء[٢] عم الشخص كله فكذلك، ولكن لا يعمل إلا في محله وهو المال، وما يملك بالنكاح فليس بمال على ما عرف وحتى[٣] لا يملك بالشراء.

والجواب عن حجتهم في تباين الدارين: أمّا حديث زينب فتأويله عندنا أنها ردت عليه بنكاح جديد، ولكن كان بحق النّكاح الأول فأضيف إليه، وقد روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ ردها بنكاح جديد(٤)، ولأن الظاهر أن عدتها تنقضي بسنتين، وبانقضاء العدة تبين على أصله بالإسلام دون زوجها.

وروى أنه تبعها كفار قريش فأسقطت خوفاً منهم وبالإسقاط تنقضي العدة وتبين.

وأما حديث أبي سفيان: فقد اختلف في إسلامه أنّه متى حسن إسلامه؟، وإنما رسول الله أجاره[٥] بشفاعة عمه العباس، وعكرمة وصفوان كانا هربا إلى الساحل وهو من حدود مكة يصير بفتح مكة مفتوحاً، وروي أن عكرمة هرب إلى اليمن وكانت دار إسلام.

وجواب آخر: إن هذه الأحكام ثبتت بعد أن صار الدار دارين حكماً وذلك بعد فتح مكة ونزول سورة الممتحنة، فلا يلزمنا ما كان قبل ذلك، وعن المعنى ما ذكرنا أن المبطل موت حكماً، والله أعلم.

---

[١] «أ» (قولنا).

[٢] «ص» (إن الاستيلاء).

[٣] «ص» (حتى).

(٤) سبق قريبا.

[٥] «أ» (أجازه).

|٥٨٤| مسألةٌ في كيفية القطع:

ثم الفرقة عند[١] أبي حنيفة ﷺ تقع بلا عدة، وعندهما تقع بعدة، لأن الفرقة وقعت بالهجرة إلىٰ دارنا فتقع علىٰ حكم دارنا لالتزامها أحكام الإسلام بالهجرة والإسلام.

ومن حكم دارنا في الفرق بعد الدخول العدة بخلاف ما لو طلقها[٢] الحربي ثلاثاً في دارهم ثم هاجرت [إلينا][٣] فإنه لا عدّة [عليها][٤] لأن الفرقة وقعت في دارهم وهم لا يؤاخذون بأحكامنا علىٰ ما ذكرنا فبانت بلا عدة فلا تجب بعد ذلك عدة لأنها إذا أسقطت مرة أصلاً لم تعد إلا بتجدد سببها[٥].

والمسألة في السير الصغير(٦)، وبخلاف ما إذا سبيت فإنّ السبي المضيف[٧] للسابي منع ثبوت العدة، والعلة لا تعمل[٨] حال معارضة المانع إياها، وهاذا كأم الولد تعتق فيلزمها العدة، وإذا كانت منكوحة لا تجب، إلا أنّا نحتج بالآيتين اللتين تلوناهما في مسألة تباين الدارين، فإن الله تعالىٰ أباح النّكاح بنفس الهجرة ولم يشترط انقضاء العدة.

---

[١] «ص» (تقع عند).

[٢] «ص» (ما إذا طلقها).

[٣] ما بين [ ] ليس في «أ»، «ن».

[٤] ما بين [ ] ليس في «س» والمثبت من «أ»، «ن»، «ص».

[٥] «ص» (ثبوت العدة).

(٦) «السير الصغير» برقم (٢٤٧).

[٧] «أ»، «ن» (المبيح).

[٨] «أ» (تمنع).

والمعنى[١] فيها: ما ذكرنا أن الفرقة تقع حكماً لتباين الدارين فلا توجب عدة قياساً على المسبية، وهذا لما ذكرنا أنها تقع حكماً لسقوط حرمات الحربي في حق المهاجرة إلينا وصيرورته في حق الحرمات كالبهيمة، والعدة عن النّكاح لا تجب إلا حقاً للنكاح على ما نبيّن في مسائل العدد[٢].

فلما كان تباين الدارين سبباً لإزالة الملك بعلة سقوط الحرمة للمالك لم يجز أن تجب العدة حقاً لذلك الملك، وهذا كما قلنا في المرأة تخرج مسبيّة: إنه لا عدة عليها لهذا المعنى لا للرق فإنه لا ينافي النّكاح على ما ذكرنا[٣]، فكيف ينافي العدة، وكذلك إذا أسلم الزوج وهاجر إلينا لأنها في حق الحرمات صارت كالبهيمة[٤] أو ميتة فلا[٥] يتصور نكاح على ميتة ولا بهيمة[٦]، وللنكاح ما بقي حقوق مشتركة.

وكذلك لا تبقى للمسلم[٧] في دارهم عصمة ولا حرمة حتى قلنا: إنهم يملكون أموالنا بالإحراز بدارهم كما نملك نحن، والله أعلم.

فأما قولهم: إن ملك السابي يمنع العدة فليس بمستقيم، بل كان يجب أن يقال إن العدة تمنع ثبوت ملكه ملك المتعة كالنّكاح إذا بقي بخروج الزوج معها، لأن الملك لا يسبق العدة، فإن الملك يقع بالسبي والإحراز بدارنا، والفرقة

---

[١] «ص» (وأمّا المعنى).

[٢] «ن»، وحاشية «أ» (العدة).

[٣] «ن» (بيّنا).

[٤] «ص» (كالبهائم).

[٥] «أ»، «ن»، «ص» (ولا).

[٦] «أ» (وللبهيمة).

[٧] «أ» (للمسالم).

متعلقة بهما[١] فلو لم يكن هذا السبب قاطعاً للنكاح [والعدة، بل كان قاطعاً للنكاح][٢] دون أثره وهو العدة كان الأثر ثابتاً بحكم البقاء على ما كان عند زوال بعضه لا أنه وجب ابتداء فيكون حينئذ سابقاً على ملك المتعة فيصير مانعاً.

وليس هذا كأم الولد تعتق فإنها تعتد لزوال فراش المولى، وإذا كانت منكوحة فالفراش للزوج لا للمولى وهذا الفراش لم يزل فلم يجب بالعتاق شيء كما لا يجب بعتاق الأمة شيء لعدم زوال الفراش.

❁ فإن قيل: لو خرجت حاملاً اعتدت بالإجماع.

۞ قلنا: لا تعتد ولكنها لا تتزوج لأن في بطنها ولدا[٣] ثابت النسب، وهذا كما قيل[٤] إن فراش أم الولد لا يمنع التزويج، ولو كان في بطنها ولد لم يجز.

وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة ﷺ: أن لها أن تتزوج وإن كانت حاملاً ولكن الزوج لا يقربها ما لم تضع[٥] كما لو كانت حاملاً عن زنا.

❁ فإن قيل: أكثر[٦] ما في الباب أن يكون سقوط الحرمة بتباين الدارين في حكم السقوط بالموت.

۞ قلنا: إن الموت لا يوجب سقوط الحرمات أصلاً فإن التركة مبقاة على

---

[١] «أ» (بها).
[٢] ما بين [ ] ليس في «أ».
[٣] «ن» (ولد).
[٤] في حاشية «أ» (نقول).
[٥] «ن» (تقع).
[٦] «ن»، «ص» (أبلغ).

حكم ملكه وقد يجب له الملك بعد الموت بسبب تقرر [منه][١] قبل الموت على ما عرف.

وإنما يسقط[٢] الموت الحرمة في حقيقة صفة مالكيته وذلك منقطع بالموت حتى لا يصح منه إضافة الطلاق إلى ما بعد الموت، ولكن بقيت المحال المملوكة مملوكة على حكم ملكه لبقاء الحرمة حكماً فلزمتها[٣] العدة بحكم الملك لا بحقيقته وبتباين الدارين سقطت [الحرمة][٤] حقيقة وحكماً على ما بينّا، فأوجب الزوال لا إلى أثر الملك، والله أعلم.

بخلاف حرمة المصاهرة فإنها تنافي الحل والملك دون العدة لأن المنافاة من جانب المحل وهو أنها صارت حراماً فنافى من الصفة ما يتصف بالحل وهو الوطء وملك الوطء. فأمّا حقّ العدة فلا يتّصف بالحل فلا تنافيه الحرمة فيها، وها هنا المنافاة لسقوط حرمة المالك، والله أعلم.

|٥٨٥| مسألةٌ): الحربي إذا أسلم وتحته خمس نسوة أو أختان، فإن كان تزوجهن جملة معاً فرق بينه وبينهن عند أبي حنيفة وأبي يوسف ﷺ، وإن كان في عقد متفرقة فرّق بينه وبين الأخيرة ولا خيار[٥] للرجل في الحالين.

وقال محمد والشافعي ﷺ(٦): يخير في الحالتين فيختار إحدى الأختين

---

[١] ما بين [ ] ليس في «س»، «ن»، والمثبت من «أ»، «ص».
[٢] «ن» (أسقط).
[٣] «أ» (فلا يلزمها) «أ» (فيلزمها).
[٤] ما بين [ ] ليس في «أ» وفي حاشية «أ» (أسقطت الحرمة).
[٥] «ن» (اختيار).
(٦) انظر: «الأم» (٤/٢٨١)، «الحاوي الكبير» (٩/٣٠٣).

وأربعاً من الخمس ويدع الباقية، لما روي أن غيلان الديلمي أسلم وتحته عشر نسوة فقال له النبي ﷺ: «اختر أربعاً منهن وفارق سائرهن» فكان يقول: «يا فلانة أقبلي ويا فلانة أدبري»(١)، وبهذه اللفظة لا يفهم عقد جديد ولا الحرمة.

فلو كانت الفرقة وقعت بينه وبينهن جملة لما حل لرسول الله ترك البيان والحال حال الحاجة إلى البيان.

ولأن قوله: (أقبلي)، ليس بعقد جديد ورسول الله ما كان ينكر عليه.

وروي أنّ ضحاك بن فيروز الديلمي أسلم وتحته أختان فأمره رسول الله أن يختار واحدة منهما(٢)، ولأنّ النبي ﷺ لم يستفسر عن حال الأنكحة أوَقعت جملة أم متفرقة فثبت أنّ الحكم لا يختلف بذلك.

والمعنى الفقهي في المسألة: [أن الأنكحة][٣] حال الوقوع وقعت على الصحة بدليل ما مر أن خطاب الإسلام ما دخل تحته أهل الحرب، وبدليل أنه لو ماتت واحدة من الجملة أو بانت عنه ثم أسلم وأسلمن بقين على الصحة وإن بانت الأولى أو كانت العقدة واحدة.

وبدليل أن الخلاف ثابت في الحربي تزوج أربع نسوة ثم سبي وسبين معه

---

(١) رواه سعيد بن منصور في سننه (٤٦/٧) برقم: (١٨٦٥) والطحاوي في شرح معاني الآثار (٢٥٥/٣) برقم: (٥٢٥٧).

(٢) رواه أبو داود في سننه (٢/ ٢٤٠) برقم: (٢٢٤٣) والترمذي في جامعه (٤٢٣/٢) برقم: (١١٢٩) وقال: "هذا حديث حسن"، وابن ماجه في سننه (١٢٨/٣) برقم: (١٩٥٠)، والبيهقي في سننه الكبير (١٨٤/٧) برقم: (١٤١٦٩)، والدارقطني في سننه (٤١٠/٤) برقم: (٣٦٩٥)، وحسنه الحافظ ابن حجر في «موافقة الخبر الخبر» (٢١٠/٢).

[٣] ما بين [ ] ليس في «س» والمثبت من «أ»، «ن»، «ص».

خيّر عندي وفارق[١] اثنتين ويمسك اثنتين، وعندكم لا يخير ويحرمن جميعاً، ولا إشكال أن الأمتعة[٢] وقعت على الصحة لأن الأربع حلال للحربي[٣] في الإسلام.

وكذلك لو أسلم وأسلمن معه بقين على الصحة وإنما يحرم الأربع بعد الاسترقاق، فثبت أن الحرمة طارئة بالإسلام أو بالسبي بخطاب يتوجه للحال فينا أن ننظر أن الخطاب للحال بأي قدر يحرم فنقول: هو عدد بحرمته[٤] يزول الجمع الحرام وهو الواحدة من الجملة بدلالة أن الواحدة لو حرمت قبل الإسلام أو ماتت لم يتناوله[٥] خطاب التحريم ولما انعدم بعدم الواحدة التي بها يزول اسم الخمس علم أن التحريم متعلق بها فيحرم بقدر ما يزول به الخمس أو الأختان، وذلك بواحدة غير عين.

ولأن الحرمة متعلقة بالبقاء[٦] على عدد هو خمس في الإسلام لا خمس كن في العقد أو خامسة لدى[٧] العقد لما ذكرنا أنّ ذلك الخمس وجد منه والخطاب ثابت ولا حرمة فصار عفواً اعتبارها في حق الخطاب.

وبدليل ما ذكرنا أن الأولى لو ماتت قبل الإسلام بقيت الخامسة في العقد حلالاً لزوال اسم الخمس عن العدد الباقي في الإسلام والبقاء على الخمس

---

[١] «أ» (فيفارق).

[٢] «أ»، «ن» (الأنكحة).

[٣] في حاشية «أ» (للحرب).

[٤] في حاشية «أ» (ومنه).

[٥] «ن» (يتناول).

[٦] في حاشية «أ» (بإبقاء).

[٧] «أ» (لذي).

يزول بآية واحدة حرمت فتحرم واحدة غير عين فيصير كمن طلق إحدىٰ نسائه ثلاثاً، وبه احتج محمد بن الحسن ﵀ في السير.

ولا يلزم إذا تزوج رضيعتين فأرضعتهما امرأة واحدة بانتا جميعاً وهي حرمة طارئة حرم البقاء علىٰ الأختين، وكان يزول بحرمة إحداهما.

فإنه لو كان طلق إحداهما قبل الرضاع ثم جاء الرضاع ما حرمت الباقية، ومع ذلك لم تحرم بالرضاع واحدة بل شاعت[١] الحرمة وذلك لأن هذه الحرمة متعلقة باسم الجمع وباسم الأختية جميعاً أو المحرمية بالرحم، فإن الجمع بين الثنتين من الأجنبيات حلال والجمع بين الأختين في غير النّكاح ومعانيه حلال، ولما تعلق وجوب التحريم بوصفين لا يثبت إلا عند آخرهما واسم الأختية آخرهما فثبت خطاب تحريم الجمع بينهما نكاحاً عند ثبوت الأختية وإنها لا تثبت إلا مشتركاً جمعا معاً بهما جميعاً فشاعت الحرمة.

فأما في مسألتنا هذه وقع الجمع المحرم في الإسلام والكافر لم يلزمه ذلك الخطاب لخصوص لحق في حقه كما نزل خطاب تحريم الجمع بين الثلاث في حق العبيد[٢] وهو حلال في حقّ الأحرار لخصوص لحق في حقهم، فجاء الإسلام فلزمتهم بخطاب حرمة البقاء علىٰ الجمع لكون خطاب الجمع عفواً في حقهم حين[٣] الجمع مع وجود الخطاب واسم الجمع وليس بعد وقوع العفو عن الجمع إلا حرمة البقاء عليه والبقاء علىٰ الجمع المحرّم يزول بحرمة الواحدة.

ألا ترىٰ أنّ أبا حنيفة لم يحرم الأخيرة في مسألة: الحربي سُبي وتحته أربع

---

[١] «ص» (ساعة).

[٢] «ص» (العبد).

[٣] في حاشية «أ» (حتىٰ).

نسوة سبين[١] معه لوقوع العفو عن حرمة الرابعة[٢] [بخطاب نكاح الرابعة[٣]][٤]، فكذلك في مسألتنا[٥] لا يجب أن يحرم باسم الخامسة عند العقد، وإذا بطل تعليق الحرمة باسم الخامسة فكذلك يبطل باسم الخمس لأن المعنى فيها[٦] واحد. وتعلق بما يزول به اسم الخمس لا غير، وفي العبد بما يزول به اسم الثلاث والأربع.

وحاصل الأمر في هذا أن المسلم يلزمه الحرمة بقوله تعالى: ﴿وَأَن تَجْمَعُوا۟ بَيْنَ ٱلْأُخْتَيْنِ﴾ [النساء: ٢٣]، لأنه تزوج وهذا الخطاب تام في حقه وعند الحرمة يصير جامعاً بينهما نكاحاً معاً فشاعت الحرمة.

وفي مسألتنا الجمع بين الأختين وبين[٧] الخمس حصل ولا حرمة فعلمنا أن الحرمة بعد ذلك حرمة بقاء.

ولنا: أنّا لسنا نجد في الشرع خطاب تحريم في الأختين غير[٨] قوله: ﴿وَأَن تَجْمَعُوا۟ بَيْنَ ٱلْأُخْتَيْنِ﴾، إلا أنه اسم لفعل يضرب له مدة يقال: جمعت بين فلان وفلان شهراً، وكل فعل يتقدر[٩] بالوقت كان للدوام عليه حكم

[١] «ن» (وسبين).
[٢] «ن»، وحاشية «أ» (الثالثة والرابعة).
[٣] «ن»، وحاشية «أ» (الثالثة).
[٤] ما بين [ ] ليس في «ص».
[٥] «أ»، «ص» (هذه المسألة).
[٦] «أ» (فيهما).
[٧] «ص» (فبين).
[٨] «ص» (من).
[٩] في حاشية «أ» (يتعذر).

الابتداء كالسكنى والقيام والركوب ونحوها، فحرم الابتداء والبقاء باسم الجمع، وهذه حرمة علقها الشرع باسم وهو الجمع بين الأختين، والجمع بينهما يوجد من الكافر والمسلم جميعاً فصار كل من تصور منه سبب الحرمة داخلاً تحت هذا التحريم إلا أن الكافر لا تلزمه الحرمة لقصور الخطاب عنه من الوجه الذي بيّناه، لا لأنه لم يدخل تحت الإيجاب كخطاب تحويل القبلة إلى الكعبة كان نازلاً في حق الناس أجمعين[١] أهل قباء وغيرهم، ولكن أهل قباء ما كان لزمهم الحكم لقصور الخطاب عنهم لا أنهم كانوا مخصوصين عن الخطاب.

ومعنى قوله: ﴿وَأَن تَجۡمَعُواْ بَيۡنَ ٱلۡأُخۡتَيۡنِ﴾، أي: حرمت عليكم الجمع بينهما نكاحاً فلا تجمعوا كما حرمت الأمهات فحرم نكاحهن، فصارت الحرمة متعلقة باسم الجمع بين الأختين، وكان ثابتاً عند العقد ولزمه[٢] عند الإسلام الحرمة بذلك الخطاب فإن كان تزوجهما في عقدة واحدة فاسم الجمع بينهما حصل بهما[٣] فيشيع الحرمة [وإن كانت طارئة][٤]، وإن كان الجمع حصل بعقدين فالاسم ثابت بالأخيرة فيضاف الحرمة إليها كما لو ابتدأ العقد للحال.

وكرجل طرح مئة منٍّ(٥) في سفينة فحملت ثم طرح آخر منًّا فغرقت كان الغرق مضافاً إلى الآخر، ولو طرحا جملة فغرقت وتلفت كان ضمان السفينة عليهما.

وقول محمد: إن الإسلام حرم البقاء على الأختين قول من عند نفسه لا

[١] «ص» (أجمع).
[٢] «ص» (ولزمهم الإسلام).
[٣] «أ» (بها).
[٤] ما بين [ ] ليس في «ص» وفيها: (فصل الحكم).
(٥) المنّ: المن، لغة في (المنا)، كيل أو ميزان يوزن به. وجمعه: أمنان. انظر: «تهذيب اللغة» (٣٣٩/١٥)، «المحكم والمحيط الأعظم» (٣٦٩/١٠).

يجد على موافقه ما قال نصاً، وكذلك في الخمس النص؛ قوله تعالى: ﴿مَثْنَىٰ وَثُلَٰثَ وَرُبَٰعَ﴾ [النساء: ٣]. فقصر الحل على الأربع من الله تعالى بيانٌ على أن لا حل وراء هذا العدد فصارت الحرمة متعلقة باسم الجمع بعدد هو فوق الأربع من اسم الخمس والست والعشر ونحوها.

وهذا القصر ثابت في حق الناس أجمعين لأنه ليس لله تعالى خطاب في إباحة النساء بالنكاح فوق هذا في حق أحد بل الخطاب خطاب[١] بأن القصر على الثنتين خاصاً في حق العبيد[٢] والقصر على الأربع في حق الأحرار إلا أن[٣] الكافر يقع نكاحه الخمس والعشر في حكم الصحة لقصور الخطاب عنه على ما مرّ، لا لأنه مخصوص عنه بخطاب آخر في حقه، فما نكاح العشر من النساء بموجود في خطاب الشرع، فإذا أسلم ولزمه حكم الخطاب الثابت عند العقد وهو حرمة متعلقة باسم الجمع بين عدد زائد على الأربع، قلنا: إن كانت العُقد متفرقة فالزيادة تثبت بالأخيرة وهي متعينة.

وإن كان الجمع بعقد واحد فالزيادة تثبت بهن جميعاً، فإن الزيادة في أن صرن خمساً وصرن خمساً بجملتهن كما قلنا: في الأختين وغرق السفينة بالأمناء، ولما ثبت الاسم الذي تعلق الحرمة بهن جميعاً شاعت الحرمة أيضاً كما لو ابتدأت[٤] العقد.

ولا يلزم إذا حرمت الواحدة قبل الإسلام فإن الباقين[٥] يبقين[٦] على

[١] «ص» (خطابان).
[٢] «ن»، وحاشية «أ» (بالعبيد) بدل (في حق العبيد).
[٣] «أ» (لأن).
[٤] «أ» (ابتدأ).
[٥] «أ»، «ص» (الباقيات).
[٦] «ص» (تتعيّن).

الصحة وإن كانت الخامسة باقية، لأن الحرمة في الخامسة أو في الخمس تلزمه لأنها بعد الإسلام خامسة نسائه لا [لكونها][1] خامسة بنسائه[2] قبل الإسلام لما ذكرنا أن الخطاب قاصر عنه قبل الإسلام وكونها خامسة نسائه بعد الإسلام لا تبقى إلا أن يكون النساء خمسا، فأما إذا حرمت الواحدة منهن فما بقين[3] أربع لا خمس والأخيرة رابعة نسائه للحال، ولما كانت الحرمة متعلقة باسم وزال قبل بلوغه الخطاب لم يلزمه.

كما قلنا في الرضيعتين أرضعتهما امرأة واحدة حرمتا لوجود الجمع بين الأختين للحال بهما جميعاً، ولو كان فارق إحداهما قبل الرضاع ثم جاء الرضاع لم تحرم الباقية لأن الخطاب كان يتناوله بعد الرضاع ولا جمع بين الأختين بعد الرضاع إذا كانت أحدهما محرمة، وعلى هذا الحربي إذا تزوج أربع نسوة ثم سبي وسبين معه يحرمن عليه ولا يخير لأن الجمع الحرام حصل بهن جملة على ما حققنا، إلا أن ها هنا [لا يفترق الحكم بين العقد المتفرقة والعقدة الواحدة.

وهذا ليس من أشكال الخلاف، فالخلاف في نفي التخيير ولا تخيير ثمة وإنما هو فرق يحتاج إليه على المذهب فنقول: تحريم الثلاث عند اعتراض الرق بمنزلة تحريم الجمع بين الثنتين عند اعتراض اسم الأختية، لأن تحريم الجمع بين الثلاث لمعنى في الرجال مخصوص بالعبيد دون الأحرار كتحريم الجمع بين الثنتين لمعنى في النساء بالقرابة القريبة دون الأجنبيات ثم وجب عند اعتراض اسم الأختية على جمع سابق إيجاب الحرمة بقيام الجمع للحال لا باعتبار ما سبق، لأن الخطاب لم يكن في حقهم بذلك الجمع وإنما وجد للحال فلغى اعتبار

---

[1] ما بين [ ] ليس في «س» والمثبت من «أ»، وفي «ن» (كونها).

[2] «ن» (نسائه).

[3] «أ» (بقي)، «ن» (يعيّن).

ما مضىٰ أصلاً، فكذلك وجب عند اعتراض الرق علىٰ جمع سابق إيجاب الحرمة بقيام الجمع للحال لا باعتبار ما سبق، واسم الأربع للحال ثابت لهن[١] جميعاً جملة فشاعت الحرمة.

فأمّا في حقّ العشر فخطاب التحريم عند العقد كان نازلاً ولم يلزم حكمه الحربي بحكم القصور، فإذا بلغ لزمه التحريم بذلك الخطاب القائم عند العقد فاعتبر صفة الجمع الثابت عند العقد لأن خطاب الحرمة سبب ثبوته في حق العبد بعد نزوله الجمع سواء لزمه حكمه أو لم يلزمه لمانع في حقه.

ولا معنىٰ بأن يقال: الكافر غير داخل تحت خطاب الشرع لأنه دخل تحت خطاب الأيمان والحدود، وإنما ذلك القول عندنا فيما ليس بأهل له من العبادات وهو أهل الحرمة عليه كما هو أهل العقوبة لكن الحكم لا يلزمه بحكم القصور عنه علىٰ ما بينّا في مسائل أهل الذمة قبل هذا، والحديث في هذا الباب لا تأويل له علىٰ ما بيّنا، ومتىٰ صح لابدّ من القول به، وبالله التوفيق.

[٥٨٦] مسألةٌ: إذا أعتقت الأمة المنكوحة ثبت لها خيار في فسخ النّكاح كيف ما كان.

وقال الشافعي(٢): لا يثبت إذا كان الزوج حراً، لما روي عن عائشة رضي الله عنها أن بريرة أعتقت وزوجها عبد فخيرها رسول الله ﷺ ولو كان حراً لما خيّرها.

والمعنىٰ يدل عليه: وهو أنها بالحرية تساوي الرجل في الحال فلا يثبت لها

---

[١] «أ»، «ن» (بهن).

(٢) انظر: «الأم» (٧/١٦٥)، «الحاوي الكبير» (٩/٣٥٧).

الخيار، لأن المساواة شرط لزوم النّكاح ففيها الكفاءة فكان بمنزلة ما لو أيسرت، والزوج موسر بخلاف ما إذا كان عبداً لأنه ليس بكفؤ لها بعد العتق، والكفاءة شرط في حق المرأة للعشرة ونفي الأنفة عن استفراش من لا يكافئها، وإنّه حق دائم[١] إلىٰ آخر المدة فاعتبر عدم الكفاءة في الانتهاء بالابتداء.

ولنا: ما روىٰ عن النبي ﷺ أنه قال لبريرة حين أعتقت: «ملكت بضعك[٢] فاختاري»(٣)، ويروىٰ: «نفسك[٤]» وهي تملك نفسها بالعتق حال رق الزوج وعتقه علىٰ نمط واحد، فكذا الخيار يثبت علىٰ نمط واحد لأن الحكم المتعلق بعلة يعم بعمومها[٥] ولا يختص بمحل العلة.

وقول الراوي: (فخيرها) عبارة من عند نفسه، لما روينا من النص، وروي عن عائشة رضي الله عنها أن بريرة أُعتقت وزوجها حر فخيرها رسول الله فهذا نص في الباب ودليل علىٰ بطلان ما رويتم.

ولو كان حراً لما خيرها، وكيف تقول هذا والتخيير كان بقوله: «ملكت نفسك فاختاري»(٦) وهذا لا يختص حال رق الزوج.

وأما المعنىٰ: فبناء علىٰ مسألة أخرىٰ وهو أن ملك النّكاح علىٰ الحرة عندنا

---

[١] في حاشية «أ» (قائم).

[٢] «ن»، وحاشية «أ» (نفسك).

(٣) رواه الدراقطني في مصنفه (٤/٤٤٤) برقم: (٣٧٦٠) عن عائشة أن النبي ﷺ، قال لبريرة: «اذهبي، فقد عتق معك بضعك»، ورواه ابن سعد في الطبقات (١٨٩/٨) من مرسل الشعبي أن النبي ﷺ قال لبريرة لما أعتقت «قد عتق بضعك معك فاختاري».

[٤] «ن» (بضعك).

[٥] «ن»، وحاشية «أ» (بها).

(٦) سبق قريبا.

على الضعف من ملك الأمة على ما بينا في مسألة نكاح الإماء وعدد الطلاق، وبالعتق يزداد عليها نصف الملك وهي حرة فلها أن ترد ولا يمكنها إلا برد الأصل فملكت رد الأصل كعبد بين اثنين كاتبه أحدهما فلآخر أن يرد الكل لأنه له أن يرد نصيبه ولا يمكنه إلا برد الكل فملك.

وتعليل النبي ﷺ يدل عليه لأن الإنسان إنما يملك الرد بملكه أمر نفسه ما يستحق عليه بتصرف غيره عليه بغير رضاه، فأما المستحق قبل الملك فلا خيار له فيه.

❁ فإن قيل: هذا البناء لا يستقيم لأن النفاذ بتصرف المولى وكان وليها.

❁ قلنا: المولى يتصرف بحكم أنه مالك لا لأنه[١] ولي عليها على سبيل النيابة عنها كالأب.

ألا ترى أن المهر له لا لها، والنفاذ بعد العتق في التصرف يكون بتلك الولاية فيصير أجنبياً، على أن المذهب عندنا أن الأب إذا زوج بنته الصغيرة رجلاً قبل عنه أجنبي بغير أمره فبلغت البنت لم يجز إلا بإجازتها، لأن الأب لم يكن نائباً بتفويضها فما ظننا في المولى.

والجواب عن علتهم: أنّ المساواة تعتبر حال العقد أو القبض لا بعده كالسلامة عن العيوب في باب البيع. ألا ترى أن المرأة إذا أيسرت حتى لم يبق الرجل كفؤاً لها أو أصابت جاهاً أو شرفاً لم يكن لها خيار، ولأنها قد رضيت بكونه عبداً فلا يبقى لها خيار بهذا السبب بوجه على أن المذهب عندنا أن النكاح لا يرد بعيب بحال ولا يحتمله بوجه.

---

[١] «أ» (أنه).

وهذا بخلاف عدم الكفاءة بالأصل[١] فللمرأة الخيار إذا علمت به لأن كفاءة الزوج شرط ليثبت للولي[٢] ولاية التنفيذ على المرأة، إلا أن ترضى المرأة فإذا عدم الرضا والكفاءة اختل أمر الولاية فلم يقع النكاح لازماً واحتمل[٣] الرد، وكذلك خيار البلوغ لنقصان ولاية العاقد[٤] بعدم الشفقة على المنكوحة، فعندنا[٥] النكاح يقع غير لازم لعدم شرط تمام الولاية وموقوفاً بعدم أصل الولاية فيحتمل الفسخ على سبيل امتناع المولى عليه من الالتزام ولا يمكنه إلا بردّ الأصل، فأما إذا تمت الولاية فالعقد لا يقع إلا لازماً، ولا يرتفع صفة اللزوم بعدم رضا المرأة أو الرجل ولا يحتمل الفسخ بوجه، والله اعلم.

|٥٨٧| مسألةٌ: قال علماؤنا رحمهم الله: لا ترد المرأة بعيب.

وقال الشافعي(٦) رحمه الله: ترد بالجذام، والبرص، والجنون، والرتق، والقرن(٧)، لما روي أنّ النّبي ﷺ تزوج امرأة فلما خلا بها رأى بكشحها(٨) بياضاً، فردها، والردّ فسخ، ولأنّه ردّ نُقل عقيب[٩] البرص فدل أنّه متعلّق به كما

---

[١] «ن»، «ص» (في الأصل).

[٢] «أ» (الولي).

[٣] «ص» (فاحتمل).

[٤] «ص» (الكافر).

[٥] «ص» (فعقد).

(٦) انظر: «الأم» (٥/٩١)، «مختصر المزني» (٨/٢٧٧)، «الحاوي الكبير» (٩/٣٤٤).

(٧) القرن: في الفرج مانع يمنع سلوك الذكر فيه إما غدة غليظة أو لحمة مرتتقة أو عظم. انظر: أنيس الفقهاء (ص٥٣).

(٨) الكشح: الجنب، وهو: ما بين الخاصرة إلى الضلع الخلف انظر: «النظم المستعذب» (٢/١٤٢).

[٩] زاد في «أ» (عيب).

روي: «أنّه سها فسجد»(١)، وقال رسول الله ﷺ: «فرّ من المجذوم فرارك من الأسد»(٢).

وعن عمر رضي الله عنه أنّه خيّر الزوج في هذه العيوب(٣).

والمعنى فيه: أنه عقد معاوضة يحتمل الفسخ فيرد[٤] بالعيب قياساً على البيع، وهذا لأن مبنى المعاوضة على سلامة البدل لكل واحد منهما بالبدل الذي ضمن له سليماً، فإذا فاتت بالعيب ذهب رضا العاقد به فلم يلزم بدون الرضا فإذا احتمل الفسخ وهو غير لازم فسخ.

والدليل على أن هذه العيوب عيوب بالمملوك بالعقد أن المملوك بالعقد ما يستوفى بالجماع وهذه العيوب تفيت الجماع ولا عيب أعظم مما يفيت الوصول إلى المعقود عليه، أمّا الرتق والقرن فمفوتان مشاهدة، وأما البرص والجذام والجنون فمانعة طبعاً لأن الطباع تنفر منها[٥] والشرع قرر الأمر عليه لما أمر بالفرار منهن فانعدم معنى بخلاف الدمامة(٦) والجرب ونحوها لأن الشرع لم يطلق في الفرار منهن ولا عبرة للطبع إذا كان أمر الشرع بخلافه. ألا ترى أنّ البخر(٧) عيب في الجارية دون الغلام لأنه يخل بأمر التمتع بها وهو أمر مقصود من الأمة حرام من الغلام.

ولأن هذه عيوب تُعدي إلى الولد، والولد هو المقصود من الجماع في

(١) رواه عبد الرزاق في مصنفه (٢/٣١٩) برقم: (٣٥٢٤).
(٢) رواه البخاري (٥٧٠٧)، عن أبي هريرة رضي الله عنه.
(٣) رواه مالك في «الموطأ» (٢/٥٢٦ برقم: ٩)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (١٣٧٧٣).
[٤] «ن» (فردّ).
[٥] «أ»، «ص» (عنها).
(٦) الدمامة: بدال مهملة أي القبح والدميم القبيح. انظر: «مشارق الانوار» (١/٢٥٨).
(٧) البخر: نتن رائحة الفم. انظر: «جمهرة اللغة» (١/٢٨٧).

الحكمة على ما مر. قال النبي ﷺ: «**لا تسترضعوا الحمقاء لبنها**»(١) لما أنّه يفسد الولد، ويحل استرضاع الذميمة والمقطوعة[٢] الأطراف، ولأن النّكاح معاوضة المرأة بالمهر، ثم المهر يرد بالعيب فكذا المرأة ليستوي المتعاوضان فيما ملكا حكماً وقياساً على الثمن والمثمن، إلا أن النّكاح لا يتعلق صحته بالمهر فلا يرتد برده ويتعلق بالمرأة فيرتد بردها كما لا يرتد البيع برد الثمن إذا لم يكن عيناً[٣]، ويرتد برد المبيع العين.

ولأن الزوجين متعاقدان على السواء ومزدوجان ثم فوت الجماع من جانب الرجل يفيد لها خياراً لم تملكه بأصل العقد فكذلك فوت الجماع من جانب المرأة تفيد له خياراً لم يملكه بأصل العقد بل أولى لأن المرأة مملوكة والزوج مالك ولا يلزم الفور وفوات الأطراف، لأن رقبتها بأجزائها لم تدخل تحت العقد ولا صارت مملوكة فالخلل فيما لم يُملك لا يوجب خياراً إلا أن يتصل بالمملوك ولا اتصال لها لأنها لا تمنع الجماع حقيقة ولا حكما.

ولأن[٤] الشرع لم يأمر بالفرار عنها بل أمر بالفرار ترحماً، ولا يلزم إذا ماتت قبل الجماع، لأن العقد لا ينتقض بعدم القبض ها هنا فيصير كهلاك المبيع بعد القبض، وأنه لا يرد بالعيب بعد الهلاك إلا أنه يرجع بالثمن لأن الثمن يتوزع

---

(١) رواه البزار في مسنده (١٠٣/١٨) برقم: (١٩/٤٢) وقال: لا نعلمه مرفوعا إلا من هذا الوجه، وعكرمة لين الحديث، وقد احتمل حديثه، ورواه الطبراني في الصغير (١٠٠/١) برقم: (١٣٧) من طريق الأصمعي، عن أبي أمية ابن يعلى الثقفي، عن هشام، به، ولفظه: «لا تسترضعوا الورهاء»، وقد قال الهيثمي في مجمع الزوائد (٤٨٢/٤): "وإسنادهما ضعيف".

[٢] «ص» (ومقطوعة).

[٣] «ن» (عيبا).

[٤] «ن» (لأنّ).

علىٰ أجزاء المبيع وما للمملوك بالنّكاح أجزاء ليتصور التوزيع، ولأن النّكاح غايته الموت لأنه عقد ازدواج ولا نهاية له بعد الموت، والعقد لا يحتمل الفسخ بعد الانتهاء كالإجارة إذا انتهت مدتها ثم اطلع المستأجر علىٰ عيب بالدار لا يتصور ردها ولا الرجوع بشيء.

ولا معنىٰ للاحتجاج بقوله تعالىٰ: ﴿فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ﴾ [البقرة: ٢٢٩] في هذه المسألة لأنها وردت لبيان ما علىٰ الزوج حال السلامة والخلاف فيما يثبت له بالعيب.

ولعلمائنا: ما روي عن النبي ﷺ: **«ثلاث جدّهن جدّ وهزلهن جدّ: النّكاح والطلاق والعتاق»**(١)، فلما لزم مع الهزل فمع العيب أولىٰ لأنّ العيب في دفع اللزوم دون خيار الشرط وخيار الشرط دون الهزل علىٰ ما نبين في مسألة النّكاح بشرط الخيار وكذلك الهزل في الإفساد فوق الكره علىٰ ما بينّا في مسألة طلاق المكره، والكره فوق العيب.

ولأنّ الصحابة ﷺ أجمعوا علىٰ أن خيار المخيرة طلاق، ولو احتمل النّكاح الفسخ قصداً إليه بالعيب لاحتمل[٢] الإقالة، والتخيير إقالة. ألا ترىٰ أن أحد المتبايعين إذا خير صاحبه في أمر البيع ملك الفسخ فلما لم يحتمل بالتخيير لم يحتمل بالعيب من طريق الأولىٰ، لأن خيار العيب دون خيار التخيير.

---

(١) رواه أبو داود في الطلاق (٢/٢٥٩) برقم (٢١٩٤)، والترمذي (٣/٤٩٠) برقم (١١٨٤) وقال: هذا حديث حسن غريب، وابن ماجه (١/٦٥٨) برقم (٢٠٣٩) والدارقطني في سننه (٣/٢٥٦)، والحاكم في مستدركه (٢/١٩٧) من طريق عبد الرحمن بن حبيب، عن عطاء، عن ابن ماهك، عن أبي هريرة ﷺ وأورده السيوطي في الجامع الصغير وقال: حسن (١/٥٣١).

[٢] «ن» (لاحتماله)، وفي حاشية «أ» (لاحتمله بالإقالة).

وعن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه: «الحرة لا ترد بالعيب»(١).

وعن علي[٢] رضي الله عنه: «من تزوج امرأة فوجدها برصاء(٣) أو قرناء أو مجذومة(٤)، أو مجنونة فهو بالخيار إن شاء طلقها وإن شاء أمسكها»(٥).

وعن عمر[٦] رضي الله عنه: «أربع مقفلات(٧) مبهمات ليس فيهن ردّ [يدي][٨]، أي قيلولة الطلاق والعتاق والنّكاح والصدقة[٩]»(١٠) وروي: «الطلاق والعتاق والنّكاح والنذر» فوصفهن بوصف واحد فلا يجوز أن يختلف المراد منه بعد

---

(١) رواه سعيد بن منصور في سننه (٦/٢٤٦) برقم: (٨٢٣) بلفظ: «الحرة لا ترد من داء»، وعبد الرزاق في مصنفه (٦/٢٤٦) برقم: (١٠٦٨٧) وابن أبي شيبة في مصنفه (٩/١١٢) برقم: (١٦٥٥٦).

[٢] «أ» (عمر)، «أ» (علي).

(٣) البرصاء: المصابة بالبرص وهو بَيَاض يَقع فِي الْجلد مَعْرُوف. انظر: «جمهرة اللغة» (٩/١١٢).

(٤) المجذومة: المصابة بالجذام وهو: داء معروف يعترض في الرأس يتشوه منه الوجه، وأصل الجذم: القطع. وقيل: سمي جذاما لتقطع الأصابع منه. انظر: «المجموع المغيث في غريبي القرآن والحديث» للأصبهاني (١/٣١١).

(٥) رواه سعيد بن منصور في سننه (١/٢٤٥) برقم (٨٢٠)، ومن طريقه البيهقي (٣/٣٥٠) برقم (١٤٢٢٩)، الدارقطني في السنن (٤/٣٩٩) برقم (٣٦٧٥) من طريق وكيع، عن أبي خالد، عن عامر عن علي، وإسناده ضعيف؛ للانقطاع بين الشعبي وعلي رضي الله عنه.

[٦] «أ» (علي).

(٧) مقفلات: لا مخرج منهن إذا جرئ بهن القول وجب فيهن الحكم. انظر: «غريب الحديث» للخطابي (٢/٨٣).

[٨] ما بين [ ] ليس في «ن».

[٩] زاد في حاشية «أ» (يعني النذر).

(١٠) رواه البخاري في التاريخ الكبير (٦/٥٠٢)، وسعيد بن منصور في سننه (٦/٤١٦) برقم: (١٦٠٩)، والبيهقي في سننه الكبير (٧/٣٤١) برقم: (١٥١٠١) وعبد الرزاق في مصنفه (٦/١٣٤)، وابن أبي شيبة في مصنفه (١٠/٣٠) برقم: (١٨٧١٥)، وفي بعضها جائزات. بدل: مقفلات.

النفاذ عن تمام الولاية[١].

وما روي أن عمر رضي الله عنه خير فهو الخيار[٢] الذي فسره علي، فإن الطلاق مما يبغضه الله تعالىٰ بلا عذر ويزول ذلك البغض بهذه العيوب، وكذلك أجمع المسلمون أن شرط الخيار فيمن تزوج امرأة علىٰ أنه بالخيار لا يصح، لأنّ الخيار للفسخ بعد الوقوع بعذر عدم الرضا، ولو احتمل النّكاح الفسخ بالعيب الذي يوجب الخلل في الرضا لاحتمل بشرط[٣] الخيار، ولو احتمله لصح الشرط كما في البيع فهذه استدلالات قوية بالنصوص ومواضع الإجماع.

وأمّا الفقه في المسألة فمن[٤] ثلاثة أوجه:

أحدها: أنّ هذه عيوب منفصلة عن المملوك بالعقد فلا توجب خيار الفسخ كالجرب والمرض، وفوات الطرف وزنا الغلام في البيع والبخر وهذا لا شك فيه، إنما الشبهة في إثبات الوصف الذي جعل علة، فالدليل علىٰ أن المملوك بالنّكاح ليس بعين يشار إليه أو منفعة عين بل هو ملك ثبت حكماً لا يعرف ولا يمتاز عن غيره إلا بحكمه وهو أنه [ملك][٥] محلل للوطء فإنه لا يحل بالإباحة وما لم يحلل[٦] التمتع بها لا يكون الملك ثابتاً لا يوجد بدون هذا الوصف وإن كان ربما يحرم الاستيفاء بعارض آخر، وهذه العيوب لا توجب خللاً بهذا الوصف وهو تحليل الوطء فإنه حلال بالبرصاء كما بغيرها، إنما الزوج يمتنع

[١] «أ» (ولاية).

[٢] «ص» (بالخيار).

[٣] «ص» (شرط).

[٤] «ص» (فهو).

[٥] ما بين [ ] ليس في «ص».

[٦] «ن» (يحل).

عن الاستيفاء والاستيفاء قبض وتصرف فيما ملك وما يوجب الخلل بالقبض لا يوجب خياراً، فإن القبض لو فات رأساً بالموت لم يختل أمره ووجب المهر كله ولو تعلق به التمام لسقط كما في البيع والإجارة.

وكذلك لو أبقت المرأة وعنها وكيل فقد فات القبض في مدة الحياة فلا يثبت للزوج خصومة في الفسخ[١] بخلاف العبد المبيع يأبق.

ولأن النّكاح يجوز والمرأة لا يُدرىٰ مكانها، وبيع عبد آبق لا يدرىٰ مكانه لا يجوز لأنه لا يمكن تسليمه، وهذا لأن المطلوب من الشراء الملك واليد لأن الانتفاع لا يحصل إلا باليد فصارت أحد ركنيه، ولهذا يضمن المال بالغصب وما أفات إلا اليد فأُلحق في الضمان بإفاتة العين بالإتلاف.

وأما اليد في [باب][٢] النّكاح فليس بمنزلة الملك لأن الملك هو المحلل للوطء ولا تتصور اليد عليه

حقيقة لأنه وصف يملك ببدل في المرأة في حق الوطء فلم تصر اليد أصلاً فيه حتىٰ أنها لا تضمن للزوج بالغصب، وإن كانت[٣] تضمن عند الخصم بالإتلاف بالشهادة الباطلة.

ولا يلزم إذا ارتدت المرأة قبل الدخول بها، فإنّ المهر يسقط[٤] لا بفوت القبض بل بمنعها التسليم وبالمنع يسقط[٥] كما لو أبقت ومنعت لم يبق لوكيلها

---

[١] «ن» (حصل به الفسخ).

[٢] ما بين [ ] ليس في «ص».

[٣] «ص» (كان).

[٤] «ص» (يفيد).

[٥] «ن» (سقط).

المطالبة بالمهر وقد بينا بُعد هذا.

وكذلك إذا طلقها الزوج قبل الدخول سقط نصف المهر لا بفوت القبض، بل يشبه الفسخ على ما بينا في مسائل المتعة.

والفسخ مسقط من طريق انعدام سبب الوجوب لا من طريق فوت القبض على أن القبض يحصل عندنا بالخلوة بالبرصاء والمجنونة والمجذومة وإنما بفوت تصرف زائد هو بمنزلة الجناية على ما يشترئ أو إعتاق بعض العبد وفوته لا يوجب خيار الفسخ في البيع فكذا ها هنا.

والوجه الثاني: أنّ خيار العيب للفسخ بعد تمام العقد عن ولاية بلا خلل فيها، والنكاح لا يحتمل الفسخ إلا بخلل في الولاية على ما مر إذا[١] لم يحتمل ضرر هذا الفسخ لم يثبت هذا الخيار في غير محله كما لم يثبت خيار الشرط ولم يعمل التخيير بعد صحة العقد، وكذلك الإقالة على أظهر أقوال الشافعي ﷺ لا تعمل.

وإنما[٢] قلنا إنّ خيار العيب للفسخ بعد نفاذ العقد عن ولاية بلا خلل لأن[٣] أصله البيع وإنما يثبت[٤] بعد نفاذ البيع بلا خلل في ولاية المتعاقدين بل لدفع ظُلامة المشتري وعدم رضاه بالعيب.

وإنما قلنا النكاح لا يحتمل ضرب هذا الفسخ لأن الفسخ بعد النفاذ عن

[١] «أ» (وإذا).
[٢] «ص» (وإن).
[٣] «أ» (أن).
[٤] «ص» (لم يثبت).

ولاية تامة إنما يكون رفعاً بعد الثبوت من كل وجه لا امتناعاً عن اللزوم.

وإنما يصحّ الرفع بعد الثبوت إذا بقي ملك المعقود عليه لأنه يرفع عنه كما في البيع لا يحتمل الرفع بعد الهلاك والعتاق قصداً إليه، والملك في مسألتنا ما ذكرنا أنه ملك محلل[١] للوطء لا ظهور له فيما عدا هذا الحكم وما لا بد له منه، وإنما ثبت ضرورة لثبوت حل الوطء، وما لا بدّ له منه على ما بيناه في موضعه، وإنّه لا يحتاج إلى الفسخ فلا يظهر الملك في حقه لأن الثابت بالضرورة يتقدر بقدرها فيصير الفسخ ولا ملك كالفسخ بعد موتها وكالإسقاطات من الطلاق والعتاق لا يحتمل الفسخ لأن الثابت به سقوط ما كان للمالك فانعدم ولم يبق فامتنع الفسخ.

ولهذا لا يملك الزوج التمليك من الغير[٢] لأنه يبتني على قيام الملك الذي يملكه، وإنه منعدم فيما وراء الوطء، وضرورة الزوجية والتمليك وراء ذلك بمنزلة الفسخ ولا يلزم ظهور الملك في حق الطلاق والإيلاء والظهار، لأنّ هذا الملك شرع بخلاف القياس لما ذكرنا أنه غير معلوم إلا بحكمه ضرورة ثبوت ذلك الحكم.

وذلك الحكم لإقامة النسل بحل الوطء وإقامة الازدواج فإن مصالح النفسين من مصالح الدنيا لا تقوم إلا بازدواج الرجال والنساء[٣]، وربما لا تتفق الأخلاق فتفوت المصالح فبقي الملك في حق الفراق ليمكن إقامة المصالح[٤]

---

[١] «أ» (محل).

[٢] «ص» (غيره).

[٣] «أ» (بالنساء).

[٤] زاد في «أ» (في حق).

لكل واحد منهما بثالث والايلاء طلاق مؤجل عندنا ، ولأن الايلاء والظهار من الزوج لتفويت[١] مقاصد النّكاح فبقي الملك في حقهما[٢] ليلزمه وبال ذلك التصرف فينزجر عنه لتبقىٰ المصالح والتمليك من رجل آخر ، والفسخ أمر زائد يقصد به سوىٰ الخلاص أمّا سقوط المهر أو أخذ العوض من الثالث لا اتصال له بإقامة مصلحة من مصالح النّكاح فلم يظهر الملك في حقها[٣] فلم يصح .

والدليل عليه: أنّ المملوك بالنّكاح ليس بمال علىٰ ما نبينه في مسائل الحكم وعليه إجماع الأمة ، والملك بأسباب التملك[٤] مخصوص بالمال لأنّه خلق لنا في الأصل . ألا ترىٰ أن ما هو مال إذا بطلت ماليته بسبب لا يتملك بأسباب شرعت للملك قصداً[٥] ، وإنما أثبت هذا الملك بخلاف القياس ليكون حل الوطء الذي هو سبب النسل وبقاء العالم بأقوىٰ طريقة ، فإن الملك فوق الإباحة وبأصغر[٦] الطرق ، فإنّ المرأة متىٰ صارت مملوكة صارت محجورة شرعاً عن التمكين من آخر فلا تختلط المياه ، وإذا كان كذلك لم يثبت إلا بقدر ضرورة النسل وما يتصل به من مصالح الازدواج .

❊ فإن قيل: أليس يصح الاعتياض عن الطلاق والمقصود منه المال وقد ظهر الملك في حقه ولا اتصال لهذا المال بالزوجية ؟

❊ قلنا: الملك الثابت خاصاً هو الذي يسقط بالطلاق لما فيه من مصالح

---

[١] «ص» (ليفوت) .
[٢] «أ» (حقها) .
[٣] «أ» (حقيهما) .
[٤] «ن» (الملك) .
[٥] في حاشية «أ» (شرعية للملك ابتداء) .
[٦] «أ» ، «ص» (وبأصفى) .

الزوجية وسعينا لبيان أن الملك غير ثابت وراء مصالح الزوجية، والطلاق من المصالح وبالاعتياض لا يخرج الطلاق من كونه طلاقاً حتىٰ إذا أراد بالخلع أن يجعله فسخاً لا[١] يصح، وإذا بقي طلاقاً، والملك ثابت في حقه صح الاعتياض عن إسقاطه.

ولأن كون الطلاق إسقاطاً للملك حكم ثابت قياساً، إنما الثبوت ثبوت بخلاف القياس، ولما كان الإسقاط ثابتاً قياساً ظهر إسقاطاً في كل باب كالملك الثابت قصاصاً علىٰ إنسان لا يظهر إلا في حلّ قبله وهو ثابت بخلاف القياس ولا يظهر في [حق][٢] التمليك من غيره ويظهر في حق الاعتياض عليه، لأن الاعتياض علىٰ الإسقاط والإسقاط لما ثبت كان[٣] قياساً.

الذي يوضحه: أن الرد بالعيب بمنزلة الإقالة فسخ مقصود علىٰ ما بينا في البيوع في أنه لا يصح بعد القبض إلا برضا والإقالة بمنزلة تمليك جديد في حق مراعاة محل الصحة، فإن البيع[٤] متىٰ صار [بحيث][٥] لا يقبل التمليك من آخر لا يقبل الفسخ والرد بالعيب لأنه تبديل مالك بالتراضي، وملك النّكاح لا يطلق للمالك هذا التصرف، وإنما أثبت الشرع هذه الولاية بملك الرقبة إما باليمين أو بالحرية بخلاف الفسخ بخيار البلوغ أو عدم الكفاءة لأنه[٦] ثبت لخلل في الولاية علىٰ ما مر فلم يتقدر بقدر الخلل فبقي غير لازم، فكان للمولىٰ

[١] «ن»، «ص» (لم).
[٢] ما بين [ ] ليس في «أ»، «ن»، «ص».
[٣] «أ» (ثابتٌ).
[٤] «أ» (المبيع).
[٥] ما بين [ ] ليس في «أ».
[٦] «أ» (لا).

عليه أن يلتزم[١] بلا ولاية ولا يمكنه الامتناع إلا برد الأصل فملكه حكماً لغيره ومثله يجوز فيما لا يحتمل الفسخ بنفسه كمن اشترىٰ عرضاً بعرض وتقابضا وهلك ما اشترىٰ ثم اطلع علىٰ عيب به لا يملك رده لأنه فائت، ولو اطلع الآخر رد لأنه قائم وينفسخ البيع فيما هلك حكماً وتبعا للقائم.

وكذلك خيار المعتقة من هذا القبيل علىٰ ما بيّنّا في موضعه.

❁ فإن قيل: الكتابة ترد علىٰ ما ليس بمال وتحتمل الفسخ.

❁ قلنا: بعد التمام لا تحتمل وتمامها بالأداء حتىٰ يعتق، فأما قبل التمام فلا يلزم لأنه لم يتم إسقاطاً كالإبراء إذا تم بالقبول لا يحتمل الفسخ لأنه إسقاط، ويحتمل قبل القبول لأنه غير تام [وغير لازم][٢].

ويدل عليه: أن الإذن في التجارة إسقاط ويحتمل الرفع فكذلك الكتابة لأنه ذلك الإسقاط إلا أنه ببدل فقوي أثره وإنه إسقاط في حق التصرف، فأما الرقبة فما أسقط عنها حقا[٣] بعد علىٰ ما عرف في موضعه، وقيام الحق في الرقبة يملكه ولاية استيفاء المنافع لنفسه فلا يلزم[٤] الإسقاط إسقاطاً وثم ما يوجب للمولىٰ التملك فوقع غير لازم، وكذلك الكتابة وقعت[٥] غير تامة لبقاء أصل الملك بلا خلل فيه وجرىٰ ذلك مجرىٰ تمليك المنفعة لا يتصور ثبوته أبداً علىٰ اللزوم.

دلّ[٦] عليه: أن النّكاح لما كان تمليكاً وقوعاً أشبه البيع، ولما كان لا يحتمل

---

[١] «ن»، «ص» (لا يلتزم).
[٢] ما بين [ ] ليس في «ن»، «ص».
[٣] «ن» (حق).
[٤] «ن» (فلا يكون).
[٥] «ن» (وقع).
[٦] «أ» (ودل).

التمليك من غيره أشبه الطلاق بمال، فقيل: إنه يحتمل الفسخ إذا كان الخلل[١] في ولاية الإيقاع كالبيع، ولا يحتمل إذا كان للرفع بعد تمام الولاية كالطلاق.

وأما الوجه الثالث: فقد احتج به محمد بن الحسن ﷺ فإن العيب إنما يوجب الخيار لخلل في رضا العاقد لأنه ما اشترى إلا على شرط السلامة وما رضي إلا بذلك، والرضا شرط لجواز البيع ولزومه وليس بشرط لجواز النكاح ولزومه، فإن نكاح المكره عندنا جائز لازم ولأن الرضا بالشخص لا يقع قبل الرؤية، والنكاح لازم بلا رؤية، والبيع فاسد عندكم وغير لازم عندنا.

وكذلك إذا اشترى[٢] عبداً على أنه كاتب فلم يجده كذلك خير المشتري فإن[٣] كان البيع مطلقاً يلزم بدون صفة الكتابة لخلل في رضاه بدون الشرط.

ولو تزوجها على أنها جميلة وهو وصف يقصد له النساء فوجدها ذميمة لم يخير.

وكذلك النكاح يثبت مع الهزل، والهازل ما رضي بحكم الجد لأنه مازح والمازح من يريد اللعب والعبث بصورة الكلام ولا يريد حكمه ولا الرضا به، وقد حققنا[٤] في مسألة الخيار.

فأما الجواب عن الحديث فإنه لا حجة لكم فيه لأن الرد عندنا بلا كراهة متعلق بالعيب ولكن لا رد للنكاح إلا بطلاق، وفي الطلاق قبل الدخول رد من

---

[١] «أ» (بخلل).
[٢] «ص» (باع).
[٣] «أ» (وإن).
[٤] «أ» (حققناه).

وجه ، ولهذا سقط[١] نصف المهر على أن المنقول رد المرأة وقد ردت إلى بيت أهلها ونُقض الزفاف.

وقد روى في بعض الألفاظ أن النبي ﷺ قال لها: «الحقي بأهلك»(٢) وإنه من ألفاظ الطلاق دون الفسخ.

وعن المعنى الأول ما مر في حجتنا والمرأة بخلاف المهر لأن المهر مال واليد شرط فيه والرضا معتبر ، حتى إذا لم تكن رأت المهر كان لها ، خيار الرؤية ، وكذلك إذا شرطت الخيار ثبت أو شرطت وصفا زائداً نحو الكتابة ثبت الخيار بعدمه.

وعن الأخر[٣] أن خيار العنة عندنا خيار طلاق لدفع ظلم الزوج بفوت الجماع أصلاً على ما بينا ، وأنه غير موجود منها في حقّ الرجل لأن الرجل يمكنه التزوج بغيرها فلا تصير هي مانعة ، ويمكنه[٤] أن يطلقها فيتخلص منها فلا يجب الرفع إلى الحاكم لإيجاب الطلاق ، [والله أعلم][٥].

[٥٨٨] مسألةٌ): وأما[٦] إذا كانت [هذه][٧] العيوب بالرجل فلا خيار لها عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله.

[١] «أ» (يسقط).

(٢) رواه البخاري (٥٢٥٤)، عن عائشة رضي الله عنها.

[٣] «ن» «ص» (الأخير).

[٤] «أ» (ويمكنها).

[٥] ما بين [ ] ليس في «ن».

[٦] «أ» (فأمّا).

[٧] ما بين [ ] ليس في «ن».

وقال محمد رحمه الله: يخير، لأن العنة[١] دون هذه [العيوب][٢]، لأن العنة تفيت الجماع دون توابعه، وهذه تفيت الجملة على ما قاله الشافعي رحمه الله: وإنما لم يخير الرجل لأن الخيار[٣] خيار طلاق وهو في يده بلا عيب، إلا أنّا نقول بالعنة: فات الجماع حقيقة ولا سبيل إليه إلا بآخر، وههنا إلى الجماع سبيل إن نشطت وإنما يفوت باختيار[٤] الأولى، فأما الشرع فما حرم جماع الأبرص، فكان هذا الفوت دون ذلك فلا يتعدى إليه حكمه هذا هو القياس.

وما قاله محمد: استحسان لأن المرأة لا تنال الجماع إلا بحرج يلحقها بصحبة الأبرص ومن يجب الفرار عنه شرعاً، والله تعالى ما جعل في الدين من حرج.

|٥٨٩| مسألةٌ): إذا تزوج [نصف][٥] امرأة صح النكاح عندنا.

وعند الشافعي(٦) رحمه الله لا يصح، لأنه عقد تمليك فالإضافة إلى النصف تقتصر عليه كالبيع والهبة، وعلى الاقتصار لا تكون المرأة محلاً للنكاح بالإجماع بخلاف الطلاق لأنه إسقاط [فيغلب][٧] بالنّصف[٨] الساقط ما لم يسقط لما لم

---

[١] «أ» (هذه العنة).

[٢] ما بين [ ] ليس في «ن».

[٣] «ص» (صار).

[٤] «ص»، «أ» (باختيارها).

[٥] ما بين [ ] ليس في «س» والمثبت من «أ»، «ن»، «ص».

(٦) انظر: «الحاوي الكبير» (١٠/٥٩٠).

[٧] ما بين [ ] ليس في «س» والمثبت من «أ»، «ن»، «ص».

[٨] «أ» (النصف).

يتصور الجمع بينهما، لأنّ الساقط لا يحتمل الرد والملك يحتمل الزوال، كقصاص موروث بين جماعة عفىٰ أحدهم فأمّا المِلك فلا يغلب ما لم يملك لأنه يساويه في أنّه يحتمل التبدل بذلك[1].

ولعلمائنا: إن المرأة في حق إيجاب ملك النّكاح لا يحتمل التجزؤ لأنه ملك محلل للمتعة ولا يتصور ذلك بالبعض فيكون ذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر الكل، لأنه لا بعض له، كما إذا طلقها نصف تطليقة تكمل لأنها لا تتجزأ وقوعاً، وكذلك إذا طلق نصفها طلقت كملاً لهذا المعنىٰ لا بالسراية، وكيف يثبت ثم يسري وفيه إثبات التجزؤ، وأنه لا يحتمل التجزئ وقد حققناه في الديات فيما لا يتجزأ، وما يتجزأ كالقصاص الموروث بين جماعة وقد مرّ أيضاً في باب الولاية وإسقاط الكفاءة.

* * *

(١) «ان» (كذلك).

فَصْــلٌ[1]

في الفساد بشرط زائد وعدمه

|٥٩٠| مسألةٌ: إذا تزوج امرأة على أنه أو أنها بالخيار ثلاثة أيام أو أبدا صح النّكاح عندنا وبطل الشرط.

وقال الشافعي(٢) رحمه الله: يبطل النّكاح لأن شرط الخيار يمنع حكم العقد في مدة الخيار كما في البيع فيفسد النّكاح؛ كالنّكاح إلى شهر، فإنه يمنع العقد عمله بعد الشهر كما في الإجارة، وسبيل النّكاح أن يوجب الملك في جميع مدة العقد فكل شرط نافى الملك في بعضه أوجب فساده، ولأنه عقد معاوضة ملك بملك بشرط الخيار فيكون الخيار وفقاً للعقد كما في البيع إذا صح الشرط صح البيع وإذا فسد فسد البيع، وها هنا الشرط فاسد فيكون العقد كذلك.

ولعلمائنا: ما روي عن النبي ﷺ: «**ثلاث جدهن جد وهزلهن جد؛ الطلاق والعتاق والنّكاح**»(٣).

وقد احتج به محمد بن الحسن رحمه الله في نكاح المكره وغيره مما اختلف في صحة النّكاح بسبب عدم الرضا.

ووجه الاحتجاج به: أنّ الكلام نوعان جد وهزل كقولنا كذب وصدق، فالجد ما يراد به حقيقة ما وضع له الكلام من المراد به، والهزل ما يراد به المزاح

---

[1] «ص» (مسألة).

(٢) انظر: «الأم» (٥/٨٧)، «روضة الطالبين» (٥/٥٩٠).

(٣) سبق قريبا.

من التكلم[١] به لا غرض فيه غير الإسماع، كاللعب اسم لما يخلو عن غرض العقلاء منه كأفعال الصبيان، وإذا صار الهزل اسماً[٢] لضرب كلام يضاد الجد. فإذا أراد المتكلم الهزل انعدم الجد كالصدق ينعدم بالخبر كاذباً فمتىٰ ثبت حكم الجد شرعاً بالهزل والجد معدوم وإنما وجد صورته فلئن[٣] يلزم حكم الجد مع شرط الخيار أو ما يعدم رضاه أولىٰ، لأنه مع شرط الخيار لنفسه جاد في كلامه يريد حكمه إذا رضي وفي الهزل غير جاد أصلاً ولا راض بحكمه[٤]، فلهذا[٥] قلنا: إن بيع الهازل[٦] لا يوجب الملك وبيع المكره يوجبه فاسداً إذا اتصل القبض به.

والمعنىٰ فيه: أن شرط الخيار لاستثناء الخيار الذي كان له قبل العقد بعد صحته عن ولاية تامة فلا يعمل في النكاح كالتخيير بعد العقد.

وإنما قلنا أنه لاستثناء الخيار لأنه قال: علىٰ أني بالخيار ما له موجب غير هذا لغة.

ومن حيث الشرع لا يتعرض لانعقاد العقد ولا يمنعه حيث ثبت في البيع إلا أن الحكم يتأخر في البيع عمن له الخيار لا عمن لا خيار له ويجعله غير لازم لأن الشرع جعل الرضا والاختيار شرطاً لعمل البيع[٧] علىٰ الصحة واللزوم[٨].

---

[١] «ن» (بالتكلم).

[٢] «ص» (اسم).

[٣] «ن»، «أ» (فلأن).

[٤] «ن» (لحكمه).

[٥] حاشية «أ»، «ن» (مسألة: ولهذا).

[٦] في حاشية «أ» (الهزل).

[٧] «ن»، وحاشية «أ» (العقد).

[٨] في حاشية «أ» (وللزومه).

ألا ترىٰ أنه إذا خيّر أحدهما صاحبه بعد الصحة صار غير لازم مع كونه صحيحاً فثبت أن شرط الخيار لاستثناء الخيار بعد صحة العقد عن ولاية تامة ثم تغير حكم العقد جاء الخيار[١] بعد الانعقاد ما له أثر في الانعقاد.

وحكم عقد النكاح بعد وقوعه لا يحتمل التغير بالخيار فيلغو لأن التصرف إذا أضيف إلىٰ محل [لا][٢] يقبله شرعاً لغىٰ وصار عبثاً[٣] كالبيع يضاف إلىٰ الحر ونحوه فيبقىٰ شرطاً فاسداً[٤] لا حكم له فلا يبطل به، كما إذا تزوجها علىٰ أن لا ينفق عليها أو لا مهر لها أو [لا][٥] يحسن إليها وتأثيره ما ذكرنا في العلة الأخيرة.

ولا معنىٰ لقولهم إنّ الفساد دخل في المهر وإنه تبع لأنه دخل في الانكاح بأن جعله بغير بدل كالتمليك بألف وبغير ألف يكون داخلاً علىٰ التمليك وبه يتغير حكمه.

ولأنّ الخيار لما كان عمله في استثناء الرضا وصحة النكاح لا تتعلق به صار كالمهر بخلاف البيع فإنه يبطل بالشروط الفاسدة المعتبرة[٦] بنفع يكون للعاقد فيه وإن لم يصح بنفسه كما إذا اشترىٰ حنطة بشرط أن يطحنها البائع أو يعمل له المشتري عملاً.

---

[١] «أ»، «ن»، «ص» (عن الخيار).

[٢] ما بين [ ] ليس في «س» والمثبت من «أ»، «ن»، «ص».

[٣] «ص» (عينا).

[٤] «ن»، «ص»، «أ» (فاسدا فيه).

[٥] ما بين [ ] ليس في «ن».

[٦] «ن»، وحاشية «أ» (المنتفعة).

ألا ترىٰ أنّ استثناء الخيار دليل علىٰ عدم الرضا بحكمه، وقد ذكرنا أن الرضا شرط في البيع دون النّكاح وليس الخيار كالأجل لأن النّكاح إلىٰ أجل عندنا عبارة عن المتعة المؤقتة التي كانت في أول الإسلام علىٰ ما نبيّنه مع زفر فصار الفساد لانعدام أصل العقد لا لشرط فاسد دخل فيه.

دل عليه: أن الأجل لو صح لتوقّت به ولم يبق بعده كما في الإجارة، فثبت أنه يتعرض لثبوت العقد فأشبه التعليق بشرط مجي غد، فأما هذا فيتعرض للزوم دون أصل العقد علىٰ ما مرّ[١]، فلا يصير وفقاً للشرط الذي لا يتعرض[٢] لأصل العقد بخلاف[٣] قوله: أمهرتك ألف درهم علىٰ أن لا نكاح لك، لأنّ الأمهار تصرف في المال فلا يوجد العقد به، وأنه تبع ويصح النّكاح بدونه، ولأن خيار الشرط متىٰ ثبت للزوج كان عمله في المهر لا المرأة كما في الشراء فيصير بمنزلة النّكاح علىٰ أن لا تملك المرأة المهر إلا بعد ثلاثة أيام.

❁ فإن قيل: عند أبي حنيفة المشروط له الخيار لا يملك السلعة.

❁ قلنا: لأن ملك المثمن يتعلق بملك الثمن فتأخر هذا يؤخر [هذا][٤] الآخر، ولا تعلق لملك المتعة بالمهر تسمية، ويصح مع نفيه فمع الخيار فيه أولىٰ.

ولأنه علىٰ أصلنا يجوز انعقاد النّكاح والملك متأخر كالنّكاح الموقوف علىٰ الإجازة.

---

[١] «ن»، وحاشية «أ» (للحكم علىٰ ما مرّ دون أصل العقد).

[٢] في حاشية «أ» (الذي يتعرض).

[٣] «أ» (وبخلاف).

[٤] ما بين [ ] ليس في «أ»، «ن».

ووجه آخر: أن شرط الخيار يرفع[١] العقد بعد ثبوته عن ولاية تامة فإنه إنما يدخل صحيحاً على البيع ولا يمنع انعقاد العقد عن ولاية وإنما تمكن من الرفع بعد الثبوت عن ولاية[٢]، [وقد ذكرنا أن النّكاح لا يحتمل الرفع بعد الثبوت عن ولاية تامة][٣].

فإذا لم يحتمل الرفع بهذا السبب صار فيه بمنزلة الطلاق والعتاق بعوض أو بغير عوض، وما لا يحتمل الرفع بعد الثبوت أصلاً وشرط الخيار في الطلاق يفسد [ويصح الطلاق فكذلك[٤] هذا.

ولم يجز اعتباره بالبيع الذي يحتمل الرفع بعد الثبوت بخلاف النّكاح بغير شهود، لأنه شرط للانعقاد[٥] صحيحاً، والنّكاح كالبيع حال العقد وإنما يفارقه فيما يرفعه بعد الوقوع فيفسد][٦] البيع[٧] كالشروط الفاسدة[٨] لأنّ الشرط الفاسد[٩] لا يمنع الانعقاد عن ولاية على ما عرف في البيوع أنّه موجب للملك ولكن الفساد يوجب الرد بعد النفاذ عن ولاية، والنّكاح لا يحتمل هذا الرد فلم يعمل فيه الشرط الفاسد كما في الطلاق والعتاق، بل لما لم يبطل النّكاح

---

[١] «أ»، «ص» (لرفع).

[٢] «ن»، «ص» (ولايته).

[٣] ما بين [ ] ليس في «ص».

[٤] «ن» (فكذا).

[٥] «ن»، وحاشية «أ» (العقد).

[٦] ما بين [ ] ليس في «ص».

[٧] زاد في «أ» (بها).

[٨] «ن»، وحاشية «أ» (فيفسد به النكاح كالبيع بالشرط الفاسد والشرط الفاسد).

[٩] «ص» (الشروط الفاسدة).

بالشروط الفاسدة فبالخيار أولىٰ لأن عمل الفاسد في رد البيع أكثر من عمل الخيار لأن الرد يجب بالفاسد عندي، وعندك يمنع انعقاد البيع، والخيار لا يمنع العقد ولا يجب به الرد.

دل عليه: أنّ النّكاح من حيث أنه عقد تمليك بتمليك أشبه البيع، ومن حيث تمليك مال بلا مال أشبه الطلاق بمال والصلح عن دم العمد، ولما ذكرنا أن الملك ثابت علىٰ المرأة من وجه دون وجه فمن حيث لا ملك أشبه التمليك بالإسقاط[١]، ثم شبه البيع يوجب احتمال الفسخ بسبب الخلل في الولاية ويسبب يوجب الرفع بعد الثبوت عن ولاية تامة.

والشبه الثاني ينفي الفسخ بالأمرين جميعاً ويقتضي اللزوم مع تلك الشروط فرددنا إلىٰ البيع في فسخ ينشأ عن خلل في الولاية وإلىٰ الطلاق فيما يوجب رفعاً بعد الثبوت عن ولاية لأن ذلك الفسخ أسهل لأنه يجب حكماً بالامتناع[٢] من التزام ما احتمل[٣] منه علىٰ ما بينا فكذلك[٤] عينا ذلك الفسخ للشبه بالبيع توفيراً علىٰ الشبهين حظهما[٥].

[٥٩١] مسألةٌ: ونكاح المكره بناء علىٰ هذا لأن بيع المكره عندنا بيع موجب للملك علىٰ الفساد بمنزلة البيع بشرط فاسد، فكان الرفع بعد الثبوت عن ولاية علىٰ ما مر.

[١] «أ»، «ص» (بإسقاط).
[٢] «أ» (لامتناع).
[٣] «أ»، «ص» (اختل).
[٤] «أ»، «ص» (فلذلك).
[٥] «ن»، وحاشية «أ» (حكمهما).

ولأنا قد ذكرنا في كتاب الإكراه أن الكره لا يسلب إلا الرضا والطواعية ثم يتغير من أحكام الإيجاب ما يتعلق بالرضا كما في شرط الخيار والنّكاح مما لا يتعلق صحته بالرضا فلم يعمل فيه عدمه شيئاً كما في الطلاق والعتاق وكما لم يعمل فيه شرط الخيار، والله أعلم.

|٥٩٢| **مسألةٌ**: النّكاح إلىٰ شهر باطل[١].

وقال زفر رحمه الله: صحيح، لأنّ النّكاح لا يقبل التوقيت فيلغو أو[٢] يبقىٰ شرطاً فاسداً والنّكاح لا يبطل بمثله كما لا يبطل بشرط أن لا مهر ويشرط الخيار ثلاثة أيام، وعلىٰ ما يأتيك شرحه من بعدُ فصح النّكاح وبطل[٣] الشرط كالطلاق إلىٰ شهر.

إلا أنا نحتج بحديث عمر رضي الله عنه فإنه قال: «لو تقدم إليّ في نكاح إلىٰ شهر لرجمت»(٤)، ولأن النّكاح إلىٰ شهر كناية عن عقد المتعة وقد حرم ذلك.

وإنما قلنا: إنه كناية عنه لأن توقيت الملك بالمدة لا يكون إلا في المنافع التي تحدث في المدة وعقد المتعة حين[٥] كان مشروعاً كان علىٰ المنفعة مؤقتاً كالإجارة، فلما قال: إلىٰ شهر، وهذا لا يليق [إلا][٦] بعقد المنفعة[٧]، ولا

---

[١] «ن» (عند علمائنا الثلاثة).
[٢] «أ» (و).
[٣] في حاشية «أ» (وفسد).
(٤) لم أقف عليه.
[٥] في حاشية «أ» (حتىٰ).
[٦] ما بين [ ] ليس في «س» والمثبت من «أ»، «ن»، «ص».
[٧] «ص» (المتعة).

يحتمله ملك النّكاح علىٰ ما هو مشروع اليوم.

ولفظ النّكاح يحتمل معنىٰ المتعة لما ذكرنا أنه في الحقيقة لملك التمتع بها، وإنما وقع الملك علىٰ المرأة شرعاً لا مقتضىٰ لفظ النّكاح[١] صار المحتمل من صدر كلامه محمولاً علىٰ المحكم من سياقه كيلا نجعل المتكلم متكلماً يلغو من حيث[٢] الوضع فإنه عالم بموجب اللغة أن جهل موجب الشريعة وفساد المتعة.

وهذا كالمضاربة بشرط أن يكون الربح كله للعامل كناية عن الإقراض وبشرط[٣] أن يكون الربح كله لرب المال[٤] كناية عن الابضاع، وإذا تعين كناية عن المتعة فسد لعدم ركنه وهو اللفظ الموضوع لهذا العقد لا لشرط فاسد دخل عليه.

|٥٩٣| مسألةٌ: وأمّا إذا تزوجها بشرط أن لا مهر لها صح[٥] عند عامة العلماء رحمهم الله.

وقال مالك(٦) رحمه الله: لا يجوز لأنه عقد معاوضة ملك متعة بملك مهر[٧] فيفسد

[١] «أ»، «ص» (الإنكاح).

[٢] في حاشية «أ» (متكلما بغير موجب).

[٣] «أ» (ويشترط).

[٤] زاد في «أ» (كان).

[٥] «ن»، «ص» (فهو صحيح).

(٦) انظر: «المدونة» (٢/١٧٠)، «النوادر والزيادات» (٤/٥٤٤)، «المعونة علىٰ مذهب عالم المدينة» (١/٧٥٢)، «الكافي في فقه أهل المدينة» (٢/٥٥١).

[٧] «ص» (متعة).

بشرط نفي عوضه كما إذا قال لها: أمرتك هذا المال بشرط أن لا تكوني امرأة لي وكالبيع بشرط أن لا ثمن.

إلا أنّا نقول: إنه قد ثبت بالدليل أن النّكاح ينعقد بلفظ الهبة وهي تمليك في اللغة بلا عوض فكان قوله: بشرط أن لا مهر لك تقريرا[١] لما أوجبه الهبة[٢].

ولأنّ النّكاح جائز بغير تسمية المهر بالإجماع، والعوض الذي يجب في العقد إنما يدخل بالتسمية فيصير منعدماً عند عدم العلة فيكون النفي تقريرا[٣] لذلك العدم والتقرير لا يوجب تغييراً[٤]، ألا ترى أن البيع بلا ثمن ومطلقاً عن ذكر الثمن سواء ولا يجوز.

❁ فإن قيل: ثبت في الشرع[٥] أن لفظ النّكاح يوجب البدل وإن لم يسم فلم ينتفِ لانعدام[٦] التسمية وقد خلفته علة أخرى. فأما إذا قال: على أن لا مهر لك، فقد جاء بالنافي فعارض الموجب فلم يجب.

❁ قلنا: لما ثبت أن النّكاح يتم لغة بالزوجين فإنه عقد ازدواج لغة والمهر وجب زيادة شرعاً، فلم يكن قولها[٧]: على أن لا مهر استثناء لما يقتضي[٨] العقد، فإنه يتم بالزوجين كالثمن والمثمن في البيع، وإذا تم اقتضى وجوب المهر

[١] «ص» (تقرير).
[٢] «ن»، وحاشية «أ» (على أن لا مهر لك تعيينا وجه الهبة).
[٣] «ن»، وحاشية «أ» (تغيرا).
[٤] «أ» (تقريرا).
[٥] «أ»، «ص» (بالشرع).
[٦] «أ»، «ص» (بانعدام).
[٧] «ن»، وحاشية «أ» (قوله).
[٨] «ص» (ينقضي). «أ» (ينقض)، واستظهر في حاشيته أن الصواب (يقتضي)

شرعاً وإن لم يسمه، فيصير قوله: على أن لا مهر زيادة شرط فاسد لا حكم له.

وقد ذكرنا أن النّكاح لا يبطل بمثله لأن المذهب عندنا أن الشرط الفاسد لا يمنع انعقاد العقد موجباً للملك، ولكنه يجب رفعه بعد نفاذه عن ولاية تامة للمتعاقدين والنّكاح لا يحتمل مثل هذا الرفع.

وقال ﷺ: «**النّكاح جدّه جدّ وهزله جد**»(١)، واسم النّكاح لا يزول[٢] بهذا الشرط على ما قلنا.

وكذلك حديث عمر يدل لنا، وهو قوله: «أربع مقفلات مبهمات ليس فيهن ردّ يدي منها النّكاح»(٣)، لما ذكرنا أن الشرط لا يمنع وقوع النّكاح بل يوجب رداً بعد الوجوب، والله أعلم.

|٥٩٤| **مسألةٌ**: نكاح الشغار عندنا جائز.

وقال الشافعي(٤): باطل.

وتفسيره أن يقول الرجل[٥] لآخر: زوجتك ابنتي على أن تزوجني ابنتك على أن يضع[٦] كل واحدة منهما صداقاً للأخرى. أو يقول: زوجتك أمتي على أن تزوجني أمتك على أن يكون بُضع كل واحدة منهما صداقاً للأخرى.

---

(١) سبق تخريجه.

[٢] ما بين [ ] ليس في «س»، والمثبت من «أ»، «ن»، «ص».

(٣) سبق تخريجه.

(٤) انظر: «الأم» (٥/١٨٦)، «مختصر المزني» (٢٨/٢٧٦)، «الحاوي» (٩/٣٣٣).

[٥] «أ» (رجل).

[٦] «أ» (على أن يكون بضع)، «ن» (على أن يقع).

فيصح عندنا العقدان، ويجب مهر المثل لهما، فيلغو[1] شرط الإصداق.

وعنده يفسد العقدان لما روي عن النبي ﷺ: «أنه نهى عن نكاح الشغار»(٢)، والنهي للتحريم فكأن الراوي روى حرمة النبي ﷺ نكاح الشغار. وقال ﷺ: «لا خلاط(٣) ولا وراط(٤) ولا شغار في الإسلام»(٥).

ولأنّه جعل البضع نكاحاً وصداقاً، [وجعله نكاحا][٦] يوجب الملك للزوج وجعله صداقاً يوجب الملك للمرأة أو لمولى الأمة فإذا اجتمعا فيه معاً أوجب الاشراك وهذا الملك يفوت مع الشركة، كمن طلق بعض امرأته فيمتنع ثبوته مع الشركة من طريق الأولى ويصير كامرأة زوجت نفسها من رجلين، ويصير بمنزلة ما لو تزوجها على أن لا يملك التمتع بها.

إلا أنا نحتج بقوله ﷺ: «ثلاث جدّهن جدّ وهزلهن جدّ»(٧)، وصفة الهزل

---

[١] «ن» (ويلغو).

(٢) رواه البخاري (٥١١٢)، ومسلم (١٤١٥)، عن ابن عمر رضي الله عنهما.

(٣) حاشية «س»، وحاشية «أ»: (قال أبو بكر معناه: لا يخلطن رجل إبله بإبل غيره ليمنع حق الله منها ويبخس المصدق كل ما وجب له).

(٤) حاشية «س»: «وقوله لا وراط: هو أن يجعل غنمه في هوة من الأرض ليخفى موضعه على المصدق. من الغريبين».

(٥) رواه ابن أبي عاصم في "الآحاد" (٢٧٠٨) وابن السكن في "الصحابة" (الإصابة ١٨٢/٩) والطبراني في "الكبير" (٣٣٥/٢٠ ـ ٣٣٦) برقم (٧٩٥)، وأبو نعيم في "الصحابة" (٣٩٠٤) من طريق بقية بن الوليد عن عتبة بن أبي حكيم عن سليمان بن عمرو الأنصاري عن الضحاك بن النعمان بن سعد أنَّ مسروق بن وائل قدم على رسول الله ـ ﷺ ـ العقيق، فأسلم وحسن إسلامه، فقال: إني أحبّ أن تبعث إلى قومي رجالاً يدعونهم إلى الإسلام، وأن تكتب إلى قومي كتاباً، عسى الله أن يهديهم به، فقال لمعاوية: "اكتب له" فذكر الحديث قال الهيثمي في مجمع الزوائد (٢٢٠/٣): فيه بقية ولكنه مدلس وهو ثقة".

[٦] ما بين [ ] ليس في «س» والمثبت من «أ»، «ن».

(٧) سبق تخريجه.

للكلام تنفي[١] ثبوت حكمه على ما ذكرنا ومع ذلك ثبت ولم يفسد فكذلك بشرط[٢] الشغار بل أولى لأن تعيينه الكلام للهزل نفي لأصل حكمه وهذا نفي لبعضه ثم يسري[٣] إلى الكل على ما ذكر.

ولأن العرب كانت تقصد بالشغار إخلاء البضع عن المهر لا الإمهار ببضع أخرى، والكلام إذا ظهر مجازه باستعمال العرب سقطت حقيقته، فعلى هذا يصير شرط الشغار بمنزلة شرط أن لا مهر فيكون إلى الجواز أقرب من الهزل الذي بمنزلة أن لا يملك شيئاً به أبداً.

وحديث عمر حجة لنا أيضاً لأن الشغار على أصله يرد العقد بسبب الاشتراك بعد ثبوته لولا[٤] الشرط وقد أخبر عمر أنه لا يحتمل الرفع بعد ثبوته قصداً إليه.

والمعنى فيه: ما قلنا إنه بمعنى نكاح بشرط أن لا مهر لها وإنه صحيح بالإجماع.

❊ **فإن قيل:** فيه زيادة وهو الاشتراك في ملك المتعة وفيه تفويت على ما ذكرنا.

❁ **قلنا:** قد ذكرنا أن النكاح بمثل هذا الشرط صحيح عل أن شرط البضع صداقاً فاسد، لأن المهر لا يكون إلا بما هو مال فيلغو إضافة الأمهار إلى ما ليس بمال لعدم المحل كما يلغو إضافة البيع إلى الحر وما يملك بالنكاح ليس بمال

[١] «ن»، وحاشية «أ» (يمنع).

[٢] «أ»، «ن»، «ص» (شرط).

[٣] «ن» (سرى).

[٤] «أ» (لا).

على ما عرف.

ولأن الإشراك في اعتبار حقيقته، والمراد منه مجازه على ما ذكرنا من استعمال العرب ذلك وكانت تعرف به إخلاء النّكاح عن المهر لا الاشتراك على ملك النّكاح.

﴿ فإن قيل: هذا يبطل برجل قال لعبده: تزوج امرأة على رقبتك فتزوج امرأة حرة فإن النّكاح فاسد لشرطه رقبته مهراً لها، وإنه شرط زائد فإن النّكاح يصح بلا شرط مهر.

﴿ قلنا: لا يبطل بعين[١] الشرط فإنه لو كان مكاتباً أو مدبراً صح العقد.

وكذلك لو تزوج أمة على رقبته صح، وإنما بطل بحكم الشرط وهو أنه لو صح صارت الرقبة ملكاً للمرأة حتى[٢] ما يملك الزوج عليها، لأن العقد عقد معاوضة[٣] وملك المرأة زوجها مفسد للنكاح وناف لملكه[٤] فإذا قارن ثبوته منع ثبوته حتى إن لم يكن موجباً الملكَ للمرأة نحو أن كان مدبراً أو كانت المرأة أمة لم يبطل وعين الشرط موجود.

وفيما نحن فيه لا عبرة للحكم لما[٥] ذكرنا أنّ ما ليس بمال لا يصلح مهراً، ولا[٦] يثبت للمسمى حكم المهر إذا لم يكن مالاً وتبقى العبرة بعين[٧] أنه شرط فاسد.

---

[١] «ص» (لعين).
[٢] «أ»، «ص» (حين).
[٣] «أ» (مواضعة).
[٤] «ن» (ونافي ملكه).
[٥] «ص» (على)، وفي «أ» (بما).
[٦] «ن» (فلا يثبت).
[٧] «أ»، «ن» (لعين).

ألا ترىٰ أن الطلاق لا يبطل بالشروط الفاسدة بلا إشكال، ولو طلق امرأته وهي أمة علىٰ رقبتها بإذن المولىٰ لم يجز الخلع لأنه لو صح لملك[١] الزوج رقبتها حين ما يقع الطلاق وملكه رقبتها مفسد لملك النّكاح ومانع من وقوع الطلاق فإذا قارنها[٢] لم يثبت حتىٰ إذا كانت مدبرة صح الخلع لأنها لا تملَك به.

❊ فإن قيل: العلة تبطل بامرأة زوجت نفسها من رجلين لم يصح من أحدهما لزيادة شرط رجل آخر وأنه فاسد.

❊ قلنا: الفساد ليس بهذه الزيادة فإنه لو أجابها رجل واحد دون الآخر صح النّكاح والخطاب علىٰ الشركة ثابت منها[٣] ولو كان الفساد لاشتراكها[٤] في الخطاب لم يصح بالقبول، ولكنهما إذا قبلا جميعاً لم يمكن التصحيح منهما للشركة ولا من أحدهما لكونه مجهولاً لأن الزوج لا يصلح مجهولاً، ولا من عيّن لأنه ليس أحدهما بأولىٰ من صاحبه فبطلا جميعاً لحق التعارض كمن تزوج أختين معاً بطل النّكاحان[٥] جميعاً لهذا المعنىٰ.

وكما إذا وكلت المرأة رجلاً بالتزويج ووكلت آخر أيضاً بإذن الولي ثم إن كل واحد منهما زوجها رجلاً علىٰ حدة وخرج الكلامان منهما معاً فإنهما يبطلان[٦] لما ذكرناه[٧]، والاشتراك في الخطاب معدوم، ولأن خطاب[٨]

[١] «أ» (تملك).
[٢] «ن» (قارنه ما يمنعه).
[٣] «أ» (منهما).
[٤] «أ» (لاشتراكهما).
[٥] «أ» (النكاح).
[٦] «ص» (تبطلان).
[٧] «ص» (ذكرنا).
[٨] «أ» (الخطاب).

الزوج[١] بتزويجهما[٢] نفسه صحيح فحصلت الإضافة[٣] من[٤] أهله في محله فاعتبر حكمه ففسد بحكم الشركة.

وها هنا حصلت الإضافة إلى البضع مهراً، وإنه لا يصلح له وإلى المرأة تمليكاً وهي ليست بأهل له فلغى أصلاً ولم يعتبر حكمه وبقيت العبرة لعينه.

وأمّا قوله[٥]: «**لا شغار في الإسلام**»(٦) أي لا خلوّ عن المهر لما ذكرنا أن العرب كانت تفهم هذا وما كانوا يطلبون به حكماً آخر غير الخلو ويدل عليه حقيقة اللغة فالعرب تقول: شغر الكلب إذا رفع رجله ليبول[٧] لأنه أخلى الأرض عن رجله، وبلدة شاغرة إذا لم يكن بها أنيس [ولا سلطان][٨].

وكذلك قول الراوي: «نهى رسول الله عن نكاح الشغار»(٩)، أي: عن نكاح بلا مهر، وإنّه هكذا، فإن الله تعالى ما أباح إلا بمال ولا يثبت إلا بمهر فيكون شرط نفي المهر حراماً إلا أن شرط نفي المهر لا يكون[١٠] بلا نكاح، فذكر النّكاح عند تحريم شرط النفي، وهذا كما روي عن النبي ﷺ أنه نهى عن

---

[١] «ن»، وحاشية «أ» (الرجلين)، «ص» (الرجل).

[٢] «أ» (بتزويجها)، والمثبت موافق لحاشيتها «أ».

[٣] «ص» (فيه).

[٤] في حاشية «أ» (إلى).

[٥] «ن» (قول النبي).

(٦) سبق قريبا.

[٧] «ن»، «ص» (للبول).

[٨] ما بين [ ] ليس في «ن»، «ص».

(٩) سبق قريبا.

[١٠] «ن»، وحاشية «أ» (لا يتصور).

بيع المحفّلات(١)(٢)، والبيع جائز إذا بين التحفيل، وإنما الحرام هو التزويج[٣] بسبب التحفيل وإرادة[٤] المشتري أنها غزيرة اللبن وتغزيره بسبب التحفيل، ولكن لما كان التحفيل لا يصير غروراً حراماً إلا حال البيع ذكر البيع عند تحريم الغرور بسبب التحفيل.

ولأنّ النهي لما ورد لمعنى المهر كان لمعنى[٥] فيما وراء المنهي عنه فإن صحة العقد لا تتعلق بالمهر ونفيه.

ومثل هذا النهي لا يدل على حرمة المنهي عنه، وإنما يدل على تحريم المباشرة، ومباشرة العاقد شرط الشغار حرام عندنا على أن مطلق النهي عن عقد يدل[٦] على تصوره من العبد متى باشره لكن على الفساد بقدر الإمكان، والإمكان ها هنا في جانب المهر فإن جانب المرأة لا يتصور مشروعاً فاسداً، والله أعلم.

---

(١) المحفلات: التي جمع لبنها في ضرعها. «النهاية في غريب الحديث والأثر» (٢/٥٩).

(٢) رواه البزار في «مسنده» (١٣/٢٢٠ برقم: ٦٧٠١)، عن أنس ﷺ، قال الهيثمي في (٤/١٠٨): «فيه إسماعيل بن مسلم المكي وهو ضعيف».

[٣] «ن»، وحاشية «أ» (البيع).

[٤] «أ» (وأراه).

[٥] «أ» (المعنى).

[٦] زاد في حاشية «أ» (عندنا).

فَصْلٌ

ومما يقرب من الشّروط مسائل أنكحة المماليك، فإن من شرط جواز النّكاح صفة الحلالية للزوجين في حقهما فإن[1] صفة الحرمة تنافي ثبوت ملك المتعة وثبوت سببه، على ما بينا في أول الكتاب.

وهذا الوصف يتغير بالرق إلى نقصان في حق ما يتعلق به من جواز النّكاح، فإن العبد لا يحل إلا لمنكوحتين والحر يحل لأربع.

وكان النبي ﷺ يحل لتسع نسوة، وكذلك عندنا من جانب الأمة على ما نبيّين ويبتنى على هذا الأصل مسائل خلاف.

|٥٩٥| مسألةٌ: قال عامة العلماء رحمهم الله: لا يحل للعبد إلا امرأتان.

وقال مالك(٢) رحمه الله: يحل له الأربع، لأنّ الرق لا يثبت في حق النّكاح على ما بينا في مسألة السبي لا يقع به الفرقة، ولأن العبد بالإجماع يملك أصل هذا الملك كالحر ولو صار مملوكاً في حقّه لما ساوى الحر فيه كما لا يساويه في حق ملك المال لما صار مملوكاً مالاً.

فعلمنا أنه بقي في حق هذا الملك على ما كان قبله، قال: ولهذا قلت: إنّه يتزوج بغير إذن مولاه فيجوز لأنه بقي على ما كان عليه. ألا ترى أنه يطلق بغير إذنه فينفذ كما يملك الإقرار على نفسه بالقصاص، إلا أنا نحتج بحديث عمر رضي الله عنه

---

[1] «ن» (وإنّ).

(٢) انظر: «المدونة» (٢/١٣٢)، «الإشراف على نكت مسائل الخلاف» (٢/٧٠٦).

فقد روي عنه نصاً أنه قال: «لا يتزوج العبد إلا امرأتين»(١).

ولأن الذي يتعلق بصفة الحل استحلال فعل اقتضاء شهوة الفرج ولا يتصور إلا من الجانبين وإنه[٢] في الأصل يقع بالنكاح، وحق التمتع يقع مشتركاً بينهما حتى إن للمرأة حق المطالبة به كما للرجل.

ولأن الله تعالى جعل لكل واحد حق اقتضاء هذه الشهوة ليقوم به بقاء العالم بالتناسل على ما مر، ولا طريق إليه في الأصل إلا بالنكاح فإن الرق عارض.

ولأن الأمة لا تملك حقاً من الاقتضاء[٣] قِبل المولى إنما تملكه الحرة فتطالبه بالجماع وتستحق الإمساك بالمعروف والعدل في القسم ولا يعزل إلا بإذنها.

ثم أجمعنا على أن ما يكون [من الاقتضاء][٤] للمرأة من حق الاستمتاع المتعلق بصفة الحل يعود إلى الشطر بالرق فكذلك ما هو للرجل.

وبيانه في الرجل يتزوج امرأتين حرتين فإنهما تستويان في حق القسم، ولو كانت إحداهما أمة كان لها نصف ما يكون للحرة وليس يتبين التشطير[٥] في حق المرأة إلا ها هنا.

فإنه عبارة عن التنصيف ولا يتصور إلا بمقابلة[٦] عدد آخر على ضعفه[٧]،

---

(١) رواه ابن أبي شيبة في مصنفه (٦٣/٩) برقم (١٦٢٨٨) عن الشعبي من قوله.

[٢] «ص»، «ن» (فإنه).

[٣] «ن» (اقتضاء الشهوة).

[٤] ما بين [ ] ليس في «س»، «ص»، «ن»، والمثبت من «أ».

[٥] «ن» (الشطر).

[٦] في حاشية «أ» (بما له).

[٧] «أ» (صفته).

وحال التفرد لا تظهر لأن الحرة لا تملك التمتع حال الانفراد إلا برجل ولا يمكن تنصيفه بالرق لأنه لا يقبل التنصيف وإنما يظهر في القسمة[١] أياماً فإنها تقبل التنصيف، فإن اليوم نصف اليومين واليوم صالح للتمتع فيه كاليومين بخلاف نصف الرجل فكذا في جانب الرجل إلا أن الرجل بصفة حلّه يملك التمتع بعدد يقبل التنصيف وهو[٢] أربع نسوة فتنصف بالرّق وهذا لأن[٣] الحل نعمة من الله وكرامة يتوصل به إلى اقتضاء شهوة الفرج وهو صفة تثبت من الجانبين قال الله تعالى: ﴿لَا هُنَّ حِلٌّ لَّهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ﴾ [الممتحنة: ١٠].

ولأن اتصاف العين بالحل عبارة [عن كونه][٤] محلاً لاستيفاء[٥] المقصود منه بفعل يحله حلالاً، والمقصود فيما نحن [فيه][٦] اقتضاء الشهوة ويثبت حقاً من الجانبين[٧] على الاشتراك على ما مر فيصير كل واحد من الزوجين حلالاً لصاحبه لاقتضاء الشهوة منه حلالاً وأنه ضرب فعل يضاف إليهما كفعل الزنا والنعم والكرامات التي قسمها الله تعالى لعباده في أصل الخلقة تتفاوت بتفاوت أحوالهم في الشرف. ألا ترى أن حال النبوة لما كانت أشرف ظهر في حق ما تعلق بهذا الوصف من جواز الأنكحة حتى حلّت لرسول الله تسع نسوة دون غيره، ثم حالة الحرية[٨] أشرف من حالة الرق فتظهر الزيادة بحال الحرية أيضاً.

---

[١] في حاشية «أ» (القسم).
[٢] «ن»، وحاشية «أ» (هي).
[٣] زاد «أ» (هذا).
[٤] ما بين [ ] ليس في «ص»، «أ».
[٥] «أ» (للاستيفاء).
[٦] ما بين [ ] ليس في «س»، «ص» والمثبت من «أ»، «ن».
[٧] «ن»، وحاشية «أ» (جميعا).
[٨] «أ» (الحرة).

ألا ترىٰ أنّه كيف ظهر ذلك في حق الحدود التي شرعت عقوبات ، فإن حد العبد نصف حد الحر إلا فيما لا يقبل التجزئة من قطع اليد في السرقة لأنّ الحرمة[١] تزداد بشرف حال الفاعل فلما تنصّف العذاب علم تنصف شرف الحالة عند المقابلة بالحرية[٢] حتىٰ صار إثم جريمته[٣] علىٰ نصف جريمة الحر ، فكذلك فيما نحن فيه لما ظهر أن حكم المتعة يزداد بشرف الحالة وثبت بأنه يفوت بالرق النصف[٤] لم يبق إلا النصف[٥] مما يتعلق به إذا كان مما يقبل التنصيف والله أعلم. ولذلك[٦] ازداد الحل بشرف النبوة حتىٰ حل تسع من النّساء ، والله أعلم.

|٥٩٦| **مسألةٌ**: قال عامة العلماء رحمهم الله: لا ينكح العبد بغير إذن مولاه.

وقال مالك(٧): ينكح لأن الرق لم يؤثر في مالكية النّكاح فبقىٰ علىٰ ما كان وإذا بقيت الولاية كما في الإقرار علىٰ نفسه بالحدود.

ولنا: ما روىٰ عن النبي ﷺ: «**أيّما عبد تزوج بغير إذن مولاه فهو عاهر**»(٨).

---

[١] «أ» ، «ن» (الجريمة).

[٢] «أ» (بالحرمة).

[٣] في حاشية «أ» (صار العبد جريمته).

[٤] «س» (يكون بالنصف الرق) والمثبت من «أ» ، «ص» ، «ن».

[٥] «س» (الرق) والمثبت من «أ» ، «ص» ، «ن».

[٦] «أ» (ولهذا).

(٧) انظر: «المدونة» (١٢٥/٢) ، «النوادر والزيادات» (٤١٣/٤) ، «الاستذكار» (٣١٢/١٦).

(٨) رواه أبو داود في سننه (١٨٨/٢) برقم: (٢٠٧٨) والترمذي في جامعه (٤٠٤/٢) برقم: (١١١١) وقال: "حديث جابر حديث حسن" ، والدارمي في مسنده (١٤٣٣/٣) برقم: (٢٢٧٩) والبيهقي في سننه الكبير (١٢٧/٧) برقم: (١٣٨٤٢) ، وأحمد في مسنده (٣٠٠٩/٦) برقم: (١٤٤٣٢)=

والمعنى فيه: ما مر أن ولاية الانكاح والنّكاح لا يملك بملك النّكاح فإن الزوج لا يملك التمليك وإنما يملك بملك الرقبة بالحرية لأنه بمعنى التصرف في الشخص لأنه عقد ازدواج واقتضاء شهوة كل واحد منهما من نفس صاحبه لا يقع النّكاح إلا والاقتضاء مملوك للمرأة من الرجل ومملوك للرجل من المرأة على ما مر ، وإذا كان كذلك لم يملك إلا بملك الرقبة والرقبة للمولى.

فأما التصرف في إباحة الدم لا يملك بملك الرقبة والرقبة للمولى.

فأما التصرف في إباحة الدم لا يملك بملك الرقبة ولا يجب القصاص ولا الحد بولاية التمليك ، وإنما يجب عقوبة جزاء على هتك حرمة لزمت للعبد شرعاً وفيما يتعلق به خطاب الشرع تحريماً وتحليلاً لم يملك العبد ولم يصر مملوكاً ولهذا يملك المولى إنكاح العبد كرهاً.

|٥٩٧| مسألةٌ: قال علماؤنا رحمهم الله لا يجوز نكاح الأمة على الحرة وإن رضيت الحرة[١].

وقال مالك(٢) رحمه الله: يجوز لما ذكرنا أن الرق لم يؤثر في باب النّكاح شرعاً وإنما لم يجز احتراماً للحرة لأنها لا تكافئها فيلحقها زيادة غضاضة لا تلحقها بالحرائر فإذا رضيت سقط حقها[٣].

= من حديث جابر رضي الله عنه ، ورواه بلفظ (فنكاحه باطل) أبو داود في سننه (١٨٩/٢) برقم (٢٠٧٥) من حديث عبد الله بن عمر العمري ، عن نافع ، عن ابن عمر رضي الله عنهما ، ثم قال: هذا حديث ضعيف ، وهو موقوف وهو قول ابن عمر.

[١] «أ» (الحرية).

(٢) انظر: «المدونة» (٧٧/٢) ، «التفريع» (٣٩٢/١).

[٣] «ص» (حكمها).

ولعامة العلماء: أن الحرمة تثبت شرعاً بحكم تنصف الحل الذي يبتنى عليه جواز النّكاح إظهارا لشرف الحرية شرعا على ما بيّنا ونقرره، وذلك التنصّف لايظهر إلا فيما يقبل التنصف، فلم يظهر في أصل نكاحها برجل، لأنه لا يقبل التجزؤ[١]، وظهر في الحال فقيل يجوز نكاح الحرة مع الأمة قبلها وبعدها ولا يجوز نكاح الأمة إلا قبلها ليكون على النصف في حال الجمع بالحرة[٢] والمقابلة بينهما لأنه مما يقبل التنصيف لما[٣] تعدد حال الجمع بأن كان قبل وبعد، والحرمة الشرعية لا تسقط بالرضا من العبد كما حرمت الأم احتراماً لها، ولكن لمصلحة رأي الشرع في ذلك فلم تسقط برضاها.

وكذلك حرمة الجمع بين الأختين، فلما مر أن الحرمة بسبب تنصف الحل بالرق فيعتبر النصف الفائت بالحل الفائت أصلاً برضاع أو مصاهرة والنصف الباقي بالقائم أصلاً فلا يتغير بالرضا [إظهار لشرف الحرمة شرعاً][٤].

|٥٩٨| **مسألةٌ**: تتصل به وليست من النّكاح[٥] قال عامة العلماء[٦] رحمهم الله: العبد لا يملك المال إذا صح كسبه.

وقال مالك(٧) رحمه الله: يملك لأنّ العبد له ذمة بدليل وجوب الحقوق عليه لله

---

[١] «ص» (التحريم).

[٢] «ص» (كالحرة).

[٣] «أ» (كما).

[٤] ما بين [ ] ليس في «س»، «أ» والمثبت من «ن».

[٥] «ص» (الزوج).

[٦] «ن» (علماؤنا).

(٧) انظر: «الجامع لمسائل المدونة» (١١٣٤/٨)، «مناهج التحصيل» (٢٠٤/٢ ـ ٢٠٥).

وللعباد فيكون من أهل الملك قياساً على الحر ، وهذا لأن الذمة عبارة عن عهد الله لعبده صار[١] به أهلاً لوجوب الحقوق له وعليه على ما عرف.

فإذا بقيت مع الرق بقي حكمها ، ولأن ملك المال نوع ملك كان له على الحرية فيبقى بعد الرق قياساً على ملك النّكاح ، ولأنّ العبد إذا صح كسبه لنفسه صح ملكه قياساً على المكاتب[٢].

وقد وافقتمونا أن المأذون يكتسب لنفسه بحكم الفكّ لا لمولاه بحق الأمر ، وهذا لأن الكسب بسبب[٣] الملك وإنما يصح شرعاً بحكمه لا لنفسه بلا حكم فإذا صح الكسب لنفسه لا بد أن يقع الملك له.

وكذلك الأحكام تدل عليه فإنه يقضي منه ديونه والمولى يحجر عن أخذه بدين العبد ولو كان يقع للمولى لما ثبت هذان الحكمان كالوكيل يتصرف لموكله إلا أنه لا يملك الاستيلاد لنقصان الملك كالمكاتب.

ولعامة العلماء: أن العبد لرقبته[٤] صار مملوكاً مالا فلا يجوز أن يتصف بأنه مالك للمال للتضاد ، ولأن رقبته أقرب إليه من كسب الرقبة الحادث عن منافع الرقبة. ألا ترى أن المرأة لما جعلت مملوكة نكاحاً شرعاً لم تتصور مالكة حتى لم تستبح[٥] الحرة لعبدها لحق[٦] المالكية كما يستبيح الرجل أمته.

---

[١] «أ» (صلح).
[٢] «ص» (المكاتبة).
[٣] «أ» (سبب).
[٤] «ص» (رقبته) ، «أ» (برقبته).
[٥] «ص» (تنكح).
[٦] «ن» ، وحاشية «أ» (بحق).

ولا يلزم المكاتب لأنه صار حراً مالكاً[١] يداً [لا][٢] مملوكا رقبة[٣]، فلذلك[٤] يملك[٥] يداً لا رقبة، وكذلك العبد المأذون عندنا يملك يده بحكم الفك[٦] وبذلك القدر يملك التصرف في كسبه بحق المالكية والخلاف في ملك الرقبة وفي العبد المحجور فيما[٧] اكتسب في الإذن وملك[٨] بالاصطياد في حال الحجر.

فأما قوله الأول فإن الذمة دليل على ما قلته وقد بقيت فيما لم يصل مملوكاً بالرق، وفيما صار مالاً مملوكاً صارت الحرمة لمولاه ولذمته كما في البهائم.

ألا ترى أنه لا يكفِّر بالمال وأداء حقوق تبتنى على ملك المال لا يصح منه بحال وكذلك حرم الاستيلاد بملك اليمين.

وعن[٩] الثاني ما مرّ أنّ المكاتب لا يملك إلا بقدر[١٠] زوال المملوكية.

وقوله: لما صحّ كسبه لنفسه صحّ الملك فليس كذلك، وسبب[١١] الملك

[١] «ص» (صار حراما).
[٢] ما بين [ ] ليس في «س»، «أ» والمثبت من «ن».
[٣] «ص» (كأنّه مملوكا رقبته).
[٤] «ن» (فكذلك).
[٥] زاد «أ» (المال).
[٦] «ص» (الفكاك).
[٧] «ص» (العبد المحجور عليه).
[٨] «ص» (لو ملك)، «أ» (أو ملك).
[٩] «ص» (ومن).
[١٠] في حاشية «أ» (بعد).
[١١] في حاشية «أ» (لأن سبب).

لا يصح إلا بملك[1]، ولكن يجوز أن يقع الملك للمكتسب ولمن يقوم[2] مقامه إذا لم يكن هو من أهله كرجل رمىٰ صيداً فمات ثم أصاب وقع الملك للورثة لأن الميت ليس من أهله فكذلك المملوك وكذلك قضاء الديون وحجر المالك يدل علىٰ أنه كسب من عليه الدين ولا يدل علىٰ أنه ملكه فإنه يقضىٰ من تركة الميت ويحجر الوارث عنه قبل القضاء والميت لا يملك حقيقة لأنه دون الموقوف[3] ولكن لما كان كسبه وصار لغيره لأنه لم يبق أهلاً بقي حق الملك[4] في قضاء حقوقه لأنه أهل قضاء الحقوق علىٰ ما بينّا في فصل التركة[5]، والله أعلم.

|٥٩٩| مسألةٌ: قال علماؤنا: طول الحرة لا يمنع نكاح الأمة.

وقال الشافعي(٦) رضي الله عنه: يمنع، لقول الله تعالىٰ: ﴿وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلًا أَن يَنكِحَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ فَمِن مَّا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُم مِّن فَتَيَٰتِكُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ﴾ [النساء: ٢٥].

فإنّما أباح نكاح الأمة بشرط عدم طول الحرة، والمعلّق [بالشّرط[7] لا يوجد قبله بالإجماع ومتىٰ وجد بطلت العلقة كالعتق المعلّق][8] بشرط الدخول

---

[١] «ن» (بملك).

[٢] «ص» (ولم يقم).

[٣] «ص» (الوقوف)، «ن»، «أ» (المرقوق).

[٤] «أ» (المالك).

[٥] «ص» (علىٰ ما مرّ في قضاء التركة).

(٦) انظر: «الأم» (٥/١٦٨)، «مختصر المزني» (٨/٢٧١)، «الحاوي الكبير» (٩/٢٣٣).

[٧] «ص» (بشرط).

[٨] ما بين [ ] ليس في «س» والمثبت من «أ».

متى وجد قبل الدخول بطلت اليمين أصلاً، وعندكم الإباحة ثابتة قبل الشرط فيكون إبطالاً للعلقة ونسخاً.

ولأنه تعالى قال: ﴿ذَٰلِكَ لِمَنۡ خَشِيَ ٱلۡعَنَتَ مِنكُمۡۚ﴾ [النساء: ٢٥]، أي الزنا فأخبر أن إباحة نكاح الأمة لضرورة دفع الزنا وذلك عند عدم طول الحرة، واستوى فيه المؤمنة والكتابية[١] لأن المهر لا يختلف قدره باختلاف الدين لأن كل ذي دين يدعي الفضل لنفسه فلا ينتقض[٢] بسبب الدين مهر فيما بينهم فيصير عادماً لطول الحرة الكتابية من عدم طول الحرة المؤمنة.

ويختلف بالرق والحرية لأن الرق نقصان مسلّم[٣] من جهة الإرقاق لأن مهورهن في أيدي مواليهن[٤] وهم لا يسوّون بينهن[٥] وبين نسائهم[٦].

والمعنى يدل عليه[٧]، وهو: أن الزوج بإصابة[٨] طول الحرة استغنى عن تعريض[٩] جزء منه[١٠] للرق بنكاح الأمة فلا يحل له ذلك قياساً على ما إذا كانت تحته حرة.

---

[١] «ص» (والكافرة).

[٢] «أ» (ينقض).

[٣] «ص» (المسلم).

[٤] «ص» (مواليهم).

[٥] «ص» (بينهم).

[٦] «ص»، «أ» (بناتهم).

[٧] «ص» (والمعنى فيه).

[٨] «ص» (أنَّه بإصابة).

[٩] في حاشية «أ» (تعرض).

[١٠] «ص» (حرمته).

وهذا لمعنى[١]: أن اكتساب سبب الرق حرام في الأصل لأنه بالكفر يكون والرق عقوبة في الأصل فكان اكتساب سببه لجزء منه[٢] كذلك حراما، وفي نكاح الأمة إرقاق جزء منه[٣] فإن ولده يحدث بمثل حال الأم فكان ينبغي أن لا يجوز أصلاً.

وإنما جوّزنا حال عدم الطول ضرورة دفع الزنا عن نفسه لأن طريق اقتضاء الشهوة في الأصل النّكاح لا غير، وهذه الشهوة مركبة في الطباع لا تنعدم إلا بعارض ومتى اشتهى[٤] وهو عاجز لم يؤمن الوقوع في الزنا فأبيح له حال العدم نكاح الأمة لدفع الضرورة، والضرورة ترتفع بإصابة الطول فترتفع الإباحة كحل الميتة، ولأنّ نكاح الأمة شرع بدلاً عن نكاح الحرة لأنه لا يجوز مع نكاح الحرة بلا خلاف كالصعيد من الماء في طهارة الصلاة.

ولأن عقد النّكاح عقد ازدواج وأصل الازدواج من[٥] كل شيئين يكون بالمساواة ولا مساواة بين المالك والمملوك فلا ازدواج بينهما في الأصل لكن الشرع قد شرعه بدلاً عنه عند عدمه لإقامة مصالحه الزوجية دفعاً للحاجة بدلا عن نكاح الحرة، كما أبيح الصلاة بتيمم بدلاً عند عدم الوضوء والماء دفعاً للضرورة حتى لا تبقى تحت الوجوب.

وإذا كان الإباحة من هذا الطريق صارت القدرة على عوض الأصل مثل

[١] «ن»، وحاشية «أ» (لمعنى وهو).

[٢] «ص»، «ن» (بحرمته).

[٣] «ص» (حرمته).

[٤] في «أ» (اشتُهِي)، وفي حاشيته (اشتَهَى).

[٥] في حاشية «أ» (بين).

وجود الأصل كالقدرة علىٰ ثمن الماء فإنها تجري مجرىٰ وجود الماء، وكذلك القدرة علىٰ ثمن الرقبة تجري مجرىٰ ملك الرقبة في المنع من استعمال[١] البدل، لأن الضرورة تندفع بالعوض فإنه سبب للوصول إلىٰ الأصل عادة.

ولم يعتبر في هذا الباب إفراد الأحوال وهو نكاح الرجل الأمة حال عدم الطول من غير حاجة إليها كالعنين والصبي فإنه جائز، لأن الشرع أقام سبب الوقوع في الزنا في الجملة وهو حال عدم نكاح الحرة وبدلها مقام حال الضرورة، فدار الحكم مع السبب المؤدي إلىٰ الضرورة وإن ارتفعت الضرورة.

وكذلك نكاح الأمة باطل علىٰ الحرة[٢]، وإن كان لا يقع بها غنية لكونها صغيرة لا يجامع مثلها أو رتقاء لأن حال نكاح الحرة أو القدرة علىٰ الطول حال الاستغناء بها في حق اقتضاء الشهوة فأقيم[٣] مقام حقيقة الغُنية[٤] بالتمتع بها لأنها سببه غالباً تيسيراً علينا فإن ما بعد ذلك من حقيقة التمتع أمر يتعذر علينا ضبطه.

قال: ولا يشكل علىٰ هذا قولنا فيمن تزوّج حرة علىٰ أمة أن نكاح الأمة يبقىٰ وفيه إرقاق للولد أيضاً مع الغنية[٥] لأنا أقمنا السبب وهو العقد مقام حقيقة الإرقاق في الحرمة بلا ضرورة فيكون ردًّا[٦] للبقاء علىٰ السبب حكم البقاء علىٰ رق[٧] ثبت، والإرقاق ابتداء حرام لأنه عقوبة الكفر لا البقاء عليه فإنه يبقىٰ بعد

---

[١] «ن» (واستعمال).

[٢] «أ» (الحرمة).

[٣] «ص» (قد أقيم).

[٤] «ص» (الغيبة).

[٥] «ص» (الغيبة).

[٦] «أ»، «ن» (إذا).

[٧] «ص» (الرق).

الإسلام والتوبة.

والذي دلّ عليه: أن حرمة النّكاح لا بد لها من سبب له أثر فيها، ونكاح الأمة على الحرة حرام، ولا يجوز أن يكون الحرمة لرق الأمة، لأنها صارت محلاً قابلاً لأسباب ملك المتعة لكونها[١] من المحللات لا بحريتها. ألا ترى أنها إذا صارت من المحرمات وهي حرة لم تقبل العقد وبالرق لا تتغير[٢] صفة الحلالية ولا تصير من المحرمات بدلالة أنها تقبل العقد[٣] في الجملة.

وكذا[٤] تستحل بملك اليمين مع الحرة وبدونها، وكذلك تشترى الأمة على الحرة فتحل. ألا ترى أن الحل عبارة عن وقوع الملك عليها بسببه وبالرق يزداد هذا المعنى فإنها[٥] حال الحرية ما كانت توطأ إلا بالنّكاح والآن توطأ بملك النّكاح واليمين جميعاً.

ألا ترى أنها بالنّكاح تصير مملوكة حكماً وبالرق صارت مملوكة حقيقة فقوي بالرق صفة[٦] المملوكية والنّكاح من هذا القبيل.

فثبت أنّها حرمت على الحرّ حال وجود الحرة لمعنى في الحر كرامة[٧] بأن لا يرق ماؤه كما حرمت المجوسية على المسلم كرامة للمسلم لا بتغير صفة

---

[١] «أ» (بكونها).

[٢] «ص» (لا تبقى).

[٣] «ص» (عقد النكاح).

[٤] «أ» (وكذلك)، «ص»، «ن» (ولذلك).

[٥] «ص» (فأما).

[٦] «ن» (وصف).

[٧] «ص» (كرامة له).

المحل[١] بالتمجيس[٢] حتى أنّ[٣] الزوج المجوسي إذا أسلم بقيت المرأة في نكاحه، ولو صارت محرمة لما بقي النّكاح، إلا أنّ نكاح الأمة المسلمة أبيح للحر حال الحاجة دفعا للضروة دون نكاح الحرة المجوسية، لأنّ الخبث بسبب ذلك الكفر الغليظ بدعوى[٤] الإشراك فوق ثبوت رق الولد بسبب رق الأمّ، ونحن لم ندّع التسوية بينهما معا، ولكن استدللنا[٥] به لإثبات الحظر كرامة للرجل لفضيلة فيه عند المقابلة بصفة المرأة[٦].

ولهذا[٧] لم أجوّز للحر نكاح أمة على أمة لأنّ الغنية وقعت بالأولى، ونفس النّكاح الذي هو سبب الإرقاق أقيم مقام حقيقته فيصير النّكاح الثاني في حكم إرقاق مبتدأ. ولهذا قلت إنّ العبد ينكح الأمة على الحرة.

[٨] ولهذا قلتُ: إنَّ العبد ينكح الأمة على الحرّة(٩) لأنّه رقيق فلم يكن في نكاح الأمة تعريض جزء منه[١٠] للرق، بل كان امتناعاً عن كسب سبب الحرية وبقاءً على الرّق، وقد ذكرنا أنَّ البقاء على الرّقِّ غير حرام ولا تعلّق البقاء بسبب هو معصية، فلم يصر نكاح الأمة حراماً عليه وهو سبب لبقاء

---

[١] «أ»، «ن» (الحل).

[٢] «أ» (بالتمجس).

[٣] «ص» (أمكن).

[٤] «ص» (ثم صون).

[٥] «ص» (استدلالنا).

[٦] «ص» (المقابلة بالمرأة).

[٧] حاشية «أ» (مسألة).

[٨] في هامش «س»، «أ» (مسألة).

(٩) انظر: «الأمّ» للشافعي (٥/٤٦)، «الحاوي الكبير» (٩/١٦٨).

[١٠] «ن»، «ص» (حرمته).

رقه[١] في الجزء المنفصل[٢].

[٣] ولهذا لم يجز عندي نكاح الأمة الكتابيّة(٤) لأنّ الله تعالىٰ علّق الجواز بصفة الإسلام فقال ﴿مِّن فَتَيَـٰتِكُمُ ٱلۡمُؤۡمِنَـٰتِۚ﴾ [النساء: ٢٥]، ولأنّ الغنية تقع بإباحة نكاح المسلمات وهن[٥] أطهر من الكافرات، فارتفعت الضرورة بهنّ فلم تحلّ الكافرات كالمضطر إلىٰ الطعام إذا وجد الميتة وذبيحة لمسلم غائب لم يحل له الميتة؛ لأنّ الذبيحة أطهر وإن كانت حراماً حالَ عدم إذن المالك[٦] في غير حال الضرورة، فلمّا وقعت الغنية بالأطهر لم تحلّ الأخرىٰ، ولأنّ الغنية وقعت بإرقاق الولد للمسلم؛ لأنّ مولىٰ المسلمة يكون مسلماً لأنّها لا تقرّ علىٰ ملك الكافر، فأما الكافرة[٧] فتكون للكافر عادة، وإن كانت للمسلم فربّما يشتريها كافر فيؤدي إلىٰ إرقاق مائه لمولىٰ كافر، فيكون استرقاق الكافر ماء المسلم، فيكون فوق استرقاق المسلم.

فإن قلتم: إنّ الرجل قد يجد مهر الكتابيّة دون المسلمة.

۞ قلنا: إنّ المهور لا تختلف بالدين علىٰ ما مرّ؛ فالقادر علىٰ طَول الأمة الكتابيّة يكون قادراً علىٰ الأمة المسلمة في العادة، والنادر بعذر[٨] عارض غير

---

[١] «أ» (لتفارقه).

[٢] «ن»، «ص» زيادة: (وهو الولد)

[٣] في هامش «س»، «أ» (مسألة).

(٤) انظر: «الأمّ» للشافعي (٩/٥)، «مختصر المزني» (٢٧١/٨)، «الحاوي الكبير» (٢٤٤/٩).

[٥] «أ» (هو).

[٦] «ن» (المولىٰ)

[٧] «أ» (الكافر).

[٨] «ص» (بعد).

معتبر في الباب لما فيه من ضرب حرج[١] على ما قلناه.

[٢] ولهذا لم تحرم الأمة المنكوحة عندي بالطلاق إلا بعدد[٣] تحرم به الحرة لما ذكرنا أنّ الحل[٤] لم يتغيّر بالرّق فلا يزول منها إلا بما يزول عن الحرّة.

[٥] ولهذا قلت[٦]: إنّ الأمة المنكوحة إذا أُعتقت لم تخيّر لعتقها[٧]؛ لأنّ حالها في النّكاح لا يتغيّر بالعتق[٨]، وإنّما تخيّر[٩] لنقصان[١٠] في الزوج إذا كان عبداً.

ولا يلزمنا أمر العدّة فإنّها تغيّرت بالرّق إلى النصف لأنّه ليس لإفاتته[١١] الحلّ وقطع الملك حتى تساوي الأمة الحرة فيه، ولكن الاعتداد لاحترام الملك، وحرمة هذا الملك حال الحرية أقوى بدلالة أنّ الحرّة تحتبس عند الزوج لا تخرج إلا بإذنه، والأمة لا تحتبس، وكذلك أمر القسم للأمة ليلة وللحرّة ليلتان؛ لأنّ حرمة ملك الحرّة أقوى على ما ذكرنا، ولأنّ القسم حقّ مملوك للنساء، وبالرّق

---

[١] «س» (جرح)، والمثبت من «أ»، «ن»، «ص».

[٢] في هامش «س»، «أ» (مسألة).

[٣] «ن»، وحاشية «أ» (بعذر).

[٤] «ص» (المحل).

[٥] في هامش «س»، «أ» (مسألة).

[٦] «ص» (قلنا).

[٧] «ص» (لم تتخير).

[٨] «ص» (بالرق).

[٩] «ص» (يتغير)

[١٠] «ن»، «ص» (بنقصان).

[١١] «أ»، «ن» (لإفاتة)، «ص» (لإقامة).

اختلّ أمر المالكية[١] لأنّها صارت مملوكة، وإنما بقيت مالكة من وجه دون وجه، فمن حيث إنّها مملوكة ما ينبغي أن يكون لها قسم كالأمة، ومن حيث أنها بقيت مالكة في حق النّكاح وما يتعلق به صحته ملكت القسم، فتنصف عند المقابلة بالحرّة المالكة من كل وجه.

[٢] ولهذا لا يملك العبد إلا امرأتين؛ لأنّه تغيّر أمر مالكيته، وصار مملوكاً من وجه مالكاً من وجه، فمن حيث[٣] بقي مالكاً كان كالحرّ، ومن حيث صار مملوكاً ما يجوز أن يملك كما لا يملك المال فتنصف، وهذا كما تنصفت الحدود في حقّه؛ لأنّه صار مالاً من وجه مخاطباً غير مال من وجه، فمن حيث أنّه مال ما ينبغي أن يلزمه حد كالبهائم، ومن حيث أنّه مخاطب ينبغي أن يساوي الحر فتنصف ما يقبل التنصف؛ حتىٰ تنصف حد شرب الخمر، وما ذلك لمتعلّق[٤] بباب[٥] الجماع والحل والحرمة.

[٦] ولهذا كان عدد الطلاق بالرجال لأنّ الحرّ يملك نوعي عدد من الأنكحة عدد أنكحة علىٰ الابتداء علىٰ نساء، وعدد أنكحة بعد المرة[٧] علىٰ سبيل البناء بأن يطلقها ثم ينكحها، والحرّ ملك عدد الابتداء أربعا فتنصف بالرّقّ، وملك عدد البناء بعد الأولىٰ[٨] نكاحين فيتنصّف أيضاً بالرّق، فلا يملك بعد الأولىٰ

---

[١] «ص» (المالية).

[٢] في هامش «س»، «أ» (مسألة).

[٣] «ص» زيادة: (إنه).

[٤] «ن»، «ص» (بمتعلق).

[٥] «ص» (ذات).

[٦] في هامش «س»، «أ» (مسألة).

[٧] «ن»، وحاشية «أ» (الفرقة)، «ص» (المرأة).

[٨] «ن» (الأولين)، «ص» (الأول).

إلا مرة فثبت أنّ حرمة النّكاح تضاف إلىٰ رقّ الرجل ولا يجوز أن تضاف إلىٰ رقّ المرأة بل رقّها يدل علىٰ زيادة قبول بصفة المملوكية[١] ، فهذا وجه ظاهر معنوي ما فيه تناقض ، ولا معنىٰ لقولكم: إنّ في هذا إطلاقا للعبد ما حرم علىٰ الحرّ ، وتأثير الحرّية في الإطلاق وتأثير الرّق في الحرمة[٢] ؛ لأنّ تأثير الحرية[٣] في إطلاق النّكاح ما لم يؤدّ إلىٰ الإرقاق ، وإذا أدىٰ حرم كرامة[٤] له لا بخساً به كما تحرم المجوسية علىٰ المسلم دون الكافر.

ولعلمائنا: قول الله تعالىٰ: ﴿ فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ ﴾ [النساء: ٣] ، ولم يخصّ.

والمعنىٰ فيه: أنّ الأمة محلَّلة للحرّ كما هي للعبد ، وعلىٰ ما كانت قبل الرّق في أصل الحلّ[٥] ، فوجب أن يكون جواز نكاحها للحرّ أصلاً لا بدلاً ولا معلّقاً بشرط العدم قياساً علىٰ نكاح الحرّة ونكاحها للعبد ؛ فإنّه يجوز للعبد أن ينكح الأمة وعنده طَول الحرّة بإعطاء المولىٰ المهر وإذنه ، وكذلك علىٰ أصل الخصم ينكحها العبد علىٰ الحرّة ؛ فإن نازعوك قلت: الأمة محلّلة للعبد مع القدرة علىٰ الحرّة فكذلك للحرّ قياساً علىٰ الحرّة وعلىٰ الكتابيّة ، وهذا لأنّ رقّ الرجل أثره في تحريم ما يحلّ حال الحرية[٦] لا في التحليل ؛ ولأنّ المرأة[٧] تصير محلاً

---

[١] «أ» (المملوكة).

[٢] «ص» (الحرية).

[٣] «أ» (الحرمة).

[٤] «ص» (أمة)

[٥] «ص» (الحال).

[٦] «أ» (الحرمة).

[٧] «ص» (الأمة).

للنّكاح بصفة الحلّ وتخرج عن المحلية بصفة الحرمة، فإذا كانت الأمة محلّلة للحرّ كما هي للعبد، وكما[١] كانت قبل الرّقّ في أصل الحلّ ساوىٰ حلّ أصل العقد عليها في هذه الحالة حال الحرّيّة وحال الحرّ حال العبد.

ألا ترىٰ أنّ الكتابية لما ساوت المسلمة في صفة الحلّ ساوتها[٢] في شروط الجواز؛ ولأنّ شروط العقد في محله لا تختلف شرعاً كشرط جواز البيع في محال البيع وهو المال، وشرط الشاهدين للنكاح[٣] لا يختلف في محال النّكاح فيمن[٤] خوطب بنص الشهود.

والدليل علىٰ أنّها محللة في الأصل أنّ النساء حلّ للرجال والرجال حلّ للنساء من غير تقييد بصفة الحرّية أو الرّقّ في الأصل شرعاً، وبهذا السبب يقوم العالم بالتناسل، والحرمة تثبت شرعاً، وأسباب الحرمة من الأميّة والبنتيّة ونحوها توجب حرمة النساء من غير تقييد بصفة الحرّية أو الرّقّ فيبقين علىٰ الحلّ بعد انتهاء أسباب الحرمة من غير تقييد بصفة الحرّية أو[٥] الرّقّ أيضاً.

❁ فإن قيل: إنّ الله تعالىٰ حرم أمهاتنا بلا تقييد، وأحلّ لنا ما وراء ذلك خاصّاً في الحرائر اللاتي هنّ المستحقات للمهور، وبدليل عطف الإماء عليهنّ بزيادة شرط والمعطوف غير المعطوف عليه.

❁ قلنا[٦]: هذا الترتيب ليس في الحلّ الذي يضاد الحرمة التي ذكرت في

[١] «ص» (وعلىٰ ما).
[٢] «ص» (ساوته).
[٣] «ص» (الشاهد في النكاح).
[٤] «أ» (فمن).
[٥] «ص» (و).
[٦] «ن» (قلت).

صدر[١] "النساء"، فإنّها حرمة مضافة إلىٰ النساء[٢]، وضدّها حلّ مضاف إليهنّ، والترتيب جاء في[٣] الابتغاء بالعقد[٤]، ولحلّ العقد شروط وراء كونها محلّلة كما يشترط الشهود والولي والخلوّ عن عدة الغير، وكلامنا في إثبات صفة الحلّ لها.

والدليل علىٰ أنّها محلّلة للحر أصلاً كونها محلّلة أصلا للعبد، وكونها محللة[٥] لا يختلف بين العبد والحرّ، كالحرمة الثابتة بالمصاهرة والأميّة والحل الثابت للحرّة، ولأنّها إنّما تصير محرّمة الأصل بصفة فيها لا[٦] الرجل بحيث لا يتصل بها، فإذا كانت تحلّ للعبد مع القدرة علىٰ الحرّة لم تحرم بعتق العبد ولم يتصل بها منه شيء، ولأنّها لا تحرم بجمع الحرّة إليها، ولو كانت محرّمة علىٰ الحرّ إلا عند الضرورة لحرمت بزوال[٧] الضرورة.

❁ فإن قيل: إنّ الشافعي رحمه الله حرم عقد الحرّ عليها لمعنىٰ في الرجل من حيث إرقاق جزء منه[٨] لا بفوات صفة الحلّ منها، كما يحرم نكاح المجوسيّة علىٰ مجوسيّ يسلم بتبدّل دين الرجل.

ولأنّ حرمة العقد تثبت علىٰ المحلّلة بمعان عارضة نحو العدّة وعدم الوليّ

---

[١] «ص» (ضمن).

[٢] «ص»، وحاشية «أ» (إلينا).

[٣] «ن»، «ص»، وحاشية «أ» زيادة: (حل).

[٤] «ن»، «ص» (والعقد).

[٥] «ن»، «ص»، وحاشية «أ» (محرمة).

[٦] زاد في حاشية «أ» (صفة).

[٧] «ص» (محرمة وراء).

[٨] «ن»، «ص» (حرمته).

والشهود، فكذلك على أصله يحرم العقد بسبب إرقاق جزء منه[١]، ويحل للعبد بانعدام هذا المانع فلا يكون مخالفة بين العقود بالشرط كما جاز نكاح المعتدّة لصاحب الماء ولم تجز لغيره؛ لأنّ المانع خلط المياه المختلفة، وينعدم ذلك بتزوج صاحب الماء فيكون تحت هذا الإشكال قولاً بموجب العلّة، وهذا كما قيل: إنّ المسلمة محلّلة في حق الكافر إذا أسلمت امرأة الكافر لم تحرم عليه ولم يبطل العقد بنفس الإسلام، ومتى صارت محرّمة برضاع حرمت وانقطع النّكاح، ومع كونها محلّلة لا تحلّ للكافر وحلّت للمسلم لأنّ من شرط الجواز أن لا تصير مستذلة بالملك للكافر.

۞ والجواب عنه ما قلنا: إنّ إرقاق الماء دون تضييعه بالعقد[٢] إذ بالإرقاق[٣] يفوت صفة الحرّية لا أصل الولد، وبالعزل يفوت أصله، ثمّ العزل مباح أصله وإنّما الأولى والمختار أن لا يعزل، فكذلك الإرقاق يكون بمنزلته، وكذلك نكاح[٤] الصبيّة والعجوز والعقيم جائز، والماء يضيع فيهما[٥] أصلاً؛ ولأنّ الولد ثمرة الوطء، والوطء ثمرة النّكاح على ما مرّ أنّ أصل حكمه ملك على المرأة وقط لا يتعلّق جواز العقد بوجود الثمرات ولا يفسد بعدمها؛ وإنّما يزداد بالثمرة خطر الملك المثمر، فلأجل هذه الثمرة عظم خطر هذا الملك فلم يثبت إلا بمال وشهود وولي بشروط[٦] توجب الصيانة ونحن نجعل المختار للحرّ

---

[١] «ص» (حرمته).

[٢] «أ»، «ن»، «ص» (بالعزل)

[٣] «أ» (بالعزل)

[٤] «ص» (نكاحه).

[٥] «ن» (بهما).

[٦] «أ»، «ن»، «ص» (وشروط).

نكاح الحرّة فإن لم يجد فحينئذ الأمة ولهذا لا يحرم عليه وطئ الأمة المنكوحة وقد تزوّج عليها حرّة ولا يلزم على شيء من هذا حرمة نكاح الأمة على الحرّة لأنّها من المحرّمات حال الجمع إلى الحرّة كحرمة الخمس وحرمة الجمع بين الأختين.

ونحن عللّنا لبيان أنّها محللة للأحرار في الأصل، ولم نعلل [لبيان][١] أنّها تساويها في الكمال وهو الطريقة الحقيقية؛ فإنّ الخلاف واقع في تعليل حرمة نكاح الأمة على الحرّة عندنا حرم لفوات حلّها حال الجمع إلى الحرّة كالأخت تضم إلى الأخت وإنّه معنى[٢] فيها وعند الشافعي ﷺ لمعنى في الرجل من[٣] إرقاق ولده.

والدليل[٤] لصحة ما قلنا: هو ما ذكرنا في مسائل المالكيّة أنّ الحلّ صفة مشتركة بين الرجال والنساء لجريان عقد النّكاح عليهما، ثم ما للرجل عاد إلى النصف بالرّق فكان يحلّ قبل الرقّ لأربع، والآن يحلّ لثنتين وصار في حقّ الثالثة كالأخ، فكذلك حلّ النساء يعود إلى النصف بالرّق فيحلّ للرّجال على النّصف ولم يمكن إثباته في حق أصل النّكاح لأنّ الحرّة لا تحلّ إلا لرجل واحد فلا يمكن تنصيفه، فأثبت في حال الجمع بين الأمة والحرّة، فقيل الحرّة تحلّ منفردة عن الأمة ومعها، والأمة تحلّ قبل الحرّة ولا تحلّ معها لتكون على النصف في حال المقابلة بالحرّة في النّكاح، فيعتبر نكاحها بلا حرّة[٥] بنكاح الحرة ومعها

[١] ما بين [ ] ليس في «ص».
[٢] «ن»، وحاشية «أ» (لمعنى).
[٣] «ص» (وهو).
[٤] «ص» (فالدليل).
[٥] «ص» (بالآخرة).

بالأم كنكاح الأخت يضمّ إلى الأخت يعتبر[١] بالأمّ، وإذا ضمّت إلى الأجنبيّة[٢][٣] بالمحللات، فإذا كان الفساد حال الورود على الحرّة لفوات الحلّ بحكم التنصيف الذي لا يظهر إلا حال الجمع بالحرّة لم يثبت هذا التنصف بوجود المال لأنّها ليست بحرّة ولا لها حكم نكاح[٤] الحرّة، ولا أيضاً بنكاح أمة تقدم لأنّ نكاح الحرّة معدوم، وفي هذه الحالة معتبرة بالحرّة فهذا حرف المسألة، فالخصم أفسد النّكاح على الأمة[٥] لعارض في الرجل من إرقاق مائه ومدّ الحرمة[٦] إلى عدم القدرة على الحرّة، ونحن أفسدناه لفوت حلّها حال الجمع وصيرورتها كالأخت في هذه الحالة[٧].

وهذا لأنّ الرّقّ أوجب تنصيف حكم ظهر فيما يقبل[٨] التنصف دون ما لا يقبله كما في الحدود ظهر في الجلد ولم يظهر في قطع السرقة، فكذلك ههنا ظهر في الحال فإنّهما حالان مع الحرّة: حال الجمع إليها، وحال الانفراد؛ فحرمت في إحداهما ولم تظهر في نفسها لأنّها لا تتجزئ حراماً وحلالاً، وقد أثبتناهُ بالدلالة وأفسدنا ما قاله الخصم.

ولأنّ باب الفروج[٩] لا يختلف بالحاجة وعدم الحاجة، ألا ترى أنّ شرط

---

[١] «أ» (يعبر).

[٢] «ص» (الأختية).

[٣] زاد «أ» (يعتبر).

[٤] في حاشية «أ» (بنكاح).

[٥] «أ»، «ن»، «ص» (الحرة).

[٦] «ص» (الحرة).

[٧] «ص» (المسألة).

[٨] «ص» (فيها فقبل).

[٩] «س» (الخروج)، والمثبت من «أ»، «ن»، «ص».

الشهود لا يسقط بخوف الزنا لو لم ينكح بغير شهود، وكذلك الولي وكذلك مع العدّة عن الغير، وكذلك المسلم لا يتزوّج المجوسيّة وإن لم يجد غيرها وخاف الزّنا، وكذلك لا يحلّ البضع إذا لم يجد النّكاح بالمتعة لأجل الضرورة بخلاف حلّ المال، وهذا لأنّ المبيح ضرورة خوف الهلاك لو صبر ولا يتصوّر هذا في النّكاح فيؤمر بالصبر ولا يسقط بذلك العذر الحرمة الشرعيّة[١].

والذي دلّ[٢] علىٰ صحّة ما قلناه: أنّ المرأة تستحقّ العدل في القسم لملك[٣] النّكاح الذي وقع عليها، بدليل أنّ الأمة المملوكة لا تستحقها علىٰ المولي، ولما مرّ أن للمرأة بالنّكاح حقاً علىٰ الرجل[٤]، ومعنىٰ الازدواج مشترك بينهما استحقاقاً، ثمّ للحرّة ليلتان وللأمة ليلة، فدلّ ذلك أن ما وجب بالعقد للحرّة علىٰ ضعف ما وجب للأمة، والتضاعف في حكم العقد يدلّ علىٰ تضاعف محلّ العقد، والمحلّيّة بالحلّ دون أصل الشخص، فعلم أنّ حلّ الأمة تنصف بالرّقّ، وكذلك العدّة عن طلاق رجعي شرعت حقّاً للنّكاح حتىٰ لا تنقطع إلا[٥] عند انقضائها، ثم كان للأمة علىٰ النصف ما للحرّة، فعلم أنّ الملك علىٰ الحرّة ضعف ما علىٰ الأمة.

❁ فإن قيل: كيف يتنصف صفة الحلّ وأنّه لا يقبل التجزئ؟

❁ قلنا: لا يقبل التجزئ شخصاً بأن يكون نصفه حلالاً ونصفه حراماً، فأمّا

[١] «ن» (وهذا لأن الرق أوجب تنصف..... حراما وحلالا).

[٢] «ن»، وحاشية «أ» (والدليل).

[٣] «ن»، «ص» (بملك).

[٤] «ص» (الزوج).

[٥] «ص» زيادة: (العدة).

فيما يحلّه من الأحكام أو يستحقّ به من الأحكام المتعددة فيقبل التجزئ في حقّها حتى لم يحلّ للعبد إلا نصف ما حلّ للحرّ من النساء، وحلّ لرسول الله تسع نسوة ولم يحلّ لنا إلا أربع، فكذلك في حقّ الأمة ملك النّكاح بعد الطلاق، وكان لا ينقطع إلا بثلاثة أشهر، والآن ينقطع بشهر ونصف، وكانت تستحقّ بهذا الملك المساواة في القسم بين النساء، وعاد إلى النصف بالرّقّ، وكذلك[١] قلنا نحن: حل الحرّة يفوت وتصير محرّمة بثلاث تطليقات، وتصير الأمة محرّمة بتطليقة ونصف إلا أنّه لا يتجزئ فصارت تطليقتين.

|٦٠٠| مسألةٌ: وقلنا نحن الأمة إذا عتقت خيّرت وإن كان الزوج حرّاً؛ لأنّ نصف الملك يزداد بزيادة الحلّ الذي هو المحلّ من طريق الحكم، وهي حرّة فلها أن ترد، ولا يمكنها الرد إلا برد الأصل فخيّرت فيه على ما مرّ.

والدليل على أنّ الحل مشترك أنه وصف يبتنى عليه جواز النّكاح، وأنّه عقد ازدواج لإقامة مصالح المعيشة، وهذه المصالح حقّ لكلّ واحد، وكذلك لقضاء شهوة الفرج وهي مخلوقة فيهما على السواء، والاقتضاء[٢] بطريقة حقّ لكل واحد ولا طريق إلا النّكاح.

ألا ترى أنّ المرأة تطالبه بالجماع كالرجل يطالبها[٣]، وكذلك تستحق هي[٤] العدل في القسم والإمساك بالمعروف، وكذلك الولد مقصود ولهما حقّ

---

[١] «ن»، وحاشية «أ» (ولهذا).

[٢] «ص» (الإفضاء).

[٣] «أ» (يطلبها).

[٤] «ن» (من).

في الولد حتىٰ لا يملك الرّجل العزل بغير رضاها ؛ إنّما يختصّ الرجل بضرب ملك عليها حكماً لتصير محجورة بذلك الملك عن التزوّج بآخر صيانة للنسب ، فأمّا فيما وراء ذلك فالمقاصد التي تبتنىٰ علىٰ الحلّ مشتركة كل واحد يستحلّ[١] صاحبه باقتضاء[٢] شهوته منه حقّا مستحقّا له لا تبعاً[٣] لغيره ، فيدلّ تنصّف حلّ الرجل بالرّقّ علىٰ تنصف حلّها.

❊ فإن قيل: رقّ المرأة يفتح عليها باب الحلّ فإنّها تحلّ بملك اليمين ، والنّكاح فلا يسدّ باباً ، ولأنّ الحلّ يثبت لها بالرجل[٤] بوقوع الملك عليها ، وبالرّقّ يزداد باب وقوع الملك ، فأما الرجل فيحلّ له بأنّه مالك ، وبالرّقّ[٥] يختل أمر المالكيّة فجاز أن ينتقص[٦] .

❊ قلنا: هذا الذي نقوله بيان لحلّ فعل التمتع وأنّه يبتنىٰ علىٰ ملك المحلّ ، ونحن في حل يصير الحلال محلّاً بسبب[٧] الملك ، ثمّ بالملك يحل فعل الاستيفاء وذلك الذي قلناه نعمة من الله [كرامة][٨] أكرمنا بها لنصير أهلاً للازدواج ، فجاز أن يزداد بشرف الحرّيّة كما ازداد بشرف النبوّة ؛ كالذمّة كرامة صرنا بها أهلاً لثبوت الحقوق لنا وعلينا ، والحرّية كرامة صرنا بها أهلاً لملك

---

[١] «ص» (يحصل).

[٢] «ن» (لاقتضاء).

[٣] «ص» (ابتغاء)

[٤] «ن» ، «ص» (من الرجل).

[٥] «ص» (وبالملك).

[٦] «ص» (يتصرف).

[٧] «ن» ، «ص» (لسبب).

[٨] ما بين [ ] ليس في «ص».

الأشياء غيرنا[١] ودفع أسباب الملك عنا، فهي من صفات النفس دون الفعل، ثمّ الحلّ وإن كان على الحقيقة صفة فعل استعير للشخص لما صار محلّاً لحلول الفعل الحلال فيه.

❁ فإن قيل: هذا الأصل غير مستقيم؛ فإنّ الأمة لا تجوز على الحرّة ومع الحرة عندكم، وتجوز قبلها فلم يكن على النصف.

❁ قلنا: كان القياس حال المقارنة أن يحلّ النصف دون النصف ولم يمكن[٢] الجمع بينهما على المناصفة؛ لأنّها لا تقبل التجزئ، والحرمة طارئة فأوجب تحريم النصف تحريم الكل، كما إذا طلق نصفها، أو نقول: تحلّ منفردة عن الحرة[٣] ولا تحلّ معها، ومعها مشتمل على حالين[٤]: بعدها ومقارنها[٥] كالمنفردة مع أمة أخرى وليس معها غيرها.

[٦٠١] **مسألةٌ**: ولهذا قلنا: إنّه لا يجوز نكاح العبد الأمة على الحرّة؛ لأنّها من المحرّمات في هذه الحالة فتحرم على العبيد والأحرار جميعاً كحرمة الجمع بين الأختين والخمس ونكاح الأم.

[٦٠٢] **مسألةٌ**: ويجوز للحرّ أن ينكح إماء لأنّهن من المحللات قبل الحرّة فيبقين على ما كنّ عليه قبل الرّقّ، والحجّة في مسألة العبد من طريق الخبر ما

---

[١] «ص» (عرفا).
[٢] «أ» (يكن).
[٣] «أ» (الحرمة)
[٤] «ن» (حالتي).
[٥] «ن» (مقاربتها).

روي عن النّبي ﷺ: «لا تنكح الأمة على الحرّة»(١)، فحرم باسم[٢] ما لم يسمّ فاعله، فتعليق الحرمة بمعنًى في الفاعل تعليق بزيادة ليست في النسخ[٣]، فيكون نسخاً على ما عرف ولا يكون تعليلاً إن ذكر المعنى فيه على سبيل التعليل؛ ألا ترى أن هذا التعليل يخص النص في حق العبد، والتعليل بما يخص النص المعلل لا يجوز، إنما يجوز بما يقرره على حاله ويعديه إلى غيره، وبين الصحابة اختلاف في هذه المسألة؛ روي عن ابن مسعود رضي الله عنه: «لا ينكح الأمة على الحرة إلا العبد»(٤)، وعن علي رضي الله عنه: «لا تنكح الأمة على الحرة»(٥)، كما قاله رسول الله، ولا يجوز حمل حديث عليٍّ على حديث عبد الله؛ لأن فيه تعليقاً للحرمة بزيادة، وذلك لا يكون تأويلاً بل يكون نسخاً؛ ولأنّ أقوال الصحابة لا يحمل بعضها على بعض إلا أن تكون من رجل واحد بجواز[٦] مخالفة بعضهم بعضاً في الأصل؛ فكذلك في الوصف والعموم والخصوص[٧]، وإنما تحمل الحجج بعضها على بعض ويترك ظاهرها صيانة لها عن ضروب مخالفات غير جائزة شرعاً.

---

(١) رواه الدارقطني في سننه (٥/٧١) برقم (٤٠٠٢)، والبيهقي في سننه (٧/٣٦٩) برقم (١٥٢٦٩) من حديث عائشة قالت: قال رسول الله ﷺ: «طلاق العبد تطليقتان ولا تحل له حتى تنكح زوجا وقرء الأمة حيضتان وتتزوج الحرة على الأمة ولا تتزوج الأمة على الحرة». وفيه مظاهر بن أسلم ضعفوه.

[٢] «ن»، وحاشية «أ» زيادة: (فعل).

[٣] «أ»، «ن»، «ص» (النص).

(٤) رواه ابن أبي شيبة في مصنفه (٣/٤٦٧) برقم (١٦٠٧٦).

(٥) رواه ابن أبي شيبة برقم (١٦٣٢٢) عن وكيع، عن ابن أبي ليلى، عن المنهال، عن عباد بن عبد الله، عن علي رضي الله عنه، قال ابن حجر في التلخيص (٣/١٧١): الحديث موقوف وسنده حسن.

[٦] «ن»، «ص» (لجواز).

[٧] «ص» (فكذلك الوصف في الخصوص والعموم).

|٦٠٣| **مسألةٌ**: ولهذا جوزنا نكاح الأمة الكتابية لأن الحل[١] الذي به تصير المرأة محلاً للعقد وأهلاً لا يختلف بدين الكتاب كما في الحرة، وأصل هذا الحل لا يتغير بالرق فبقيت كالأمة المسلمة وكالحرة في أصل العقد، وهو حال ما قبل الحرة، فأما اعتبار الخبث ففاسد لأن الخبث بالكفر من طريق الشرع، وبالرق لا يزداد خبث الكفر، فالرقيق[٢] ربما يكون أنقى[٣] وأتقى من الحر، فيكون أطهر[٤] شرعاً؛ إنما سقوط منزلته عند الناس وما له أثر في تحريم الحل، وأما زيادة الإرقاق فليس بشيء؛ لأن استرقاق الحر المسلم كما حرم على الكافر حرم على المسلم سواء، واسترقاق الماء غير حرام للمولى المسلم، فكذلك للكافر[٥]؛ ولأنّ الولد ثمرة هذا النّكاح ولا عقد[٦] في دار الدنيا يحرم بفوات ثمرته ويجوز[٧] لوجود ثمرته؛ إنما يعتبر أصل حكمه فلا يجوز التحريم لمكان فوت وصف الثمرة.

فأما الجواب عن احتجاجهم بالآية، فإنها وردت لبيان [حل][٨] مباشرة العقد وشروطه، ونحن في بيان الحل الذي به صار النساء[٩] محلاً للعقد، وأنه غيره على ما مر بيانه.

---

[١] «ص» (الخلل).

[٢] «ص» (والرق).

[٣] «أ»، «ص» (أبقى).

[٤] «أ» (أظهر).

[٥] «ن»، «ص» (فكذا الكافر).

[٦] «ص» (والعقد).

[٧] «ص» زيادة: (له).

[٨] ما بين [ ] ليس في «س»، والمثبت من «أ»، «ن»، «ص».

[٩] «س» (بالنساء)، والمثبت من «أ»، «ن»، «ص».

وجواب آخر: أن في الآية إثبات الحل لعادم طَول الحرة، وسكوت عما عداه على ما هو المذهب عندنا في المعلقات بالشروط.

وأما قوله: "المعلق بالشرط لا يوجد قبله" فنعم[١]؛ ذلك الحل ما وجد قبله ولكن حل آخر بدليل آخر، وهو كونها محللة، وأما قوله: "متى وجد قبله لا يبقى معلقاً" فنعم، والمعلق بالشرط نكاح إذا عقد كان حلالاً، والنكاح الحلال غير موجود بإحلالنا العقد قبل الشرط لأنه لم ينكح بعد، ومثال ذلك: رجل يقول لآخر: "أعتق عبدي إذا جاء غد"، ثم يقول: "أعتقه للحال" ولم يشترط؛ فإن المعلق بالشرط لا يرتفع بهذه الإباحة حتى لو عزله عن الأمر المطلق كان له أن يعتقه إذا جاء غد، فثبت أن إحلالنا العقد بكونها[٢] محللة لا يتعرض للإباحة المعلقة بعدم الطول.

وجواب ثالث: أن الآية وردت لبيان إحلال[٣] المختار شرعاً لا لبيان المباح أصلاً؛ فإنه قال: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ أَن تَبْتَغُوا۟ بِأَمْوَٰلِكُم[٤]﴾ وأنه مختار من الحلال؛ فإن النكاح بغير مهر حلال بالإجماع، فكذلك ما عطف عليه، لأنه يكون في حكم المعطوف عليه؛ لأن الحلال[٥] واحد فيكون المعلق بالشرط الحلال المختار، والمختار أن لا ينكح الأمة إلا إذا عدم[٦] الحرة، وإذا عدم اختار الأمة المسلمة على الكافرة[٧].

---

[١] «ص» (فيعم).
[٢] «أ» (بكونه)
[٣] «ص» (حلال).
[٤] «ص» زيادة: (محصنين غير مسافحين)
[٥] «أ»، «ن»، «ص» (الإحلال).
[٦] «ص» زيادة: (طول).
[٧] «ن»، وحاشية «أ» (الكتابية).

والدليل عليه: أنه قال: ﴿وَأَن تَصْبِرُواْ خَيْرٌ لَّكُمْ﴾ [النساء: ٢٥]، يعني على هذا الحد فهو خير، وكلمة ﴿خَيْرٌ﴾ لبيان فضل الخيرية[١] بمعنى أفعل لا أصله، وإنما يكون بيانا لفعل[٢] إذا كان غيره حلالاً، وهذا كما يقال: وأن تصلي صلاة النفل[٣] خير لك لأن تركها حلال، ولا يقال: وأن تصلي الفرض خير لك إلا على سبيل المجاز، وهذا لما مر أن المنع جاء[٤] لصيانة ماء الرجل عن الإرقاق لما فيه من تضييع الحرية، وذلك أمر مختار له وليس بواجب عليه على ما مر.

وشبهة الخصم على ما شرحنا: حرمة نكاح المعتدة صيانة للماء عن الخلط، وفيه فساد النسب، فأوجب الحرمة صيانة للنسب، فجاز مثله صيانة للحرية، ويجوز نكاح العقيم التي لا تلد، وفيه عدم الولد فثبت أن العدم أهون من وجود على صفة فاسدة على ما عليه أساس الفطرة مُعَماً[٥] أن نكاح المعتدة لو جاز كان النسب من الناكح كالمنكوحة إذا وطئت بشبهة، وجاءت بولد كان النسب للناكح، ومع ذلك حرم النّكاح لاشتباه يقع لنا في الحقيقة[٦] عند الله تعالى، فهذا الذي يرق ماؤه أولى أن[٧] يحرم به النّكاح.

والجواب عنه: أنه إنما يقال "أولى" إذا ثبت أن هذا مثله في المعنى الذي وقعت العبرة به في الماء، ثم ازداد عليه ولم يثبت ذلك، فإن[٨] المنكوحة إذا

---

[١] «ص» (الحرية).
[٢] «ن» (لفضل الخيرية)، «ص» (لفضل الحرية).
[٣] «ن»، «ص» (الليل).
[٤] «ص» (حال).
[٥] «ص» (مع ما).
[٦] «ن»، وحاشية «أ» زيادة: (التي هي).
[٧] «أ» زيادة: (لا).
[٨] «ن» (لأن).

وطئت بشبهة حتىٰ لزمتها العدة حرم وطؤها علىٰ الزوج ، والأمة المنكوحة قبل الحرة لا يحرم نكاحها بالاستغناء بالحرة ، وهذا لأن اشتباه النسب يؤدي إلىٰ وضع الأحكام غير موضعها ، والرق لا يؤدي إليه ، وإنما يؤدي إلىٰ تلف صفة الحرية به لا غير ، فكان دون تلف الأصل لا محالة ، فكان ما قلناه من الاعتبار أولىٰ مع ما بينا أن كلا الطرفين[١] للاجتهاد فيه مجال[٢].

فأما الجواب عن قوله: "إن الحر يملك أعداد أنكحة علىٰ الحرة بحكم الطلاق فيتنصف بالرق" ؛ فإنا لا نسلم شيئاً مما قلت ، بل الحر يملك علىٰ الحرة من النكاح ما لا يحصىٰ ما دامت محللة ، وإذا حرمت بسبب لا يملك شيئاً من النكاح .

ألا ترىٰ أنه إذا[٣] تزوج[٤] ثم وقعت الفرقة بلا طلاق[٥] ثم وثم[٦] إلىٰ ألف وألفين حلت له ، وإذا حرمت عليه برضاع أو مصاهرة لم تحل له البتة .

ومن أسباب الحرمة استيفاء عدد الطلاق ، وذلك ثلاث في الحرة[٧] فتحل له ما لم تحرم ، ولو طلقها ثلاثاً جملة لم تحل له ، فثبت أن الأعداد نفسها غير محصورة علىٰ امرأة ، وأن المحصور[٨] هو الحل ؛ فإنه بالحرة[٩] بحيث لا يزول

---

[١] «ن» ، «ص» (الطريقين طريق) ، وزاد في حاشية «أ» (طريق) . .
[٢] «ص» (الاجتهاد فيه محال) .
[٣] «ص» (أن من) .
[٤] «ص» زيادة: (امرأة) .
[٥] «ص» زيادة: (ثم تزوجها) .
[٦] «ن» (وطئ) .
[٧] «ص» (الحرمة) .
[٨] «ن» (المحصورة) .
[٩] «ن» ، «ص» (في) .

إلا بثلاث ويتنصف في الأمة[١] بالرق فيزول بتطليقة ونصف.

والدليل عليه: أن الرق لو نصف الأنكحة على الأمة لما بقي إلا نكاح واحد؛ لأن الحرمة طارئة، فمتى حرم بالرق نكاح ونصف شاعت[٢] حرمة النصف إلى الكل، فلا يبقى إلا واحد، ولئن كان صحيحاً هذا فهو حجة عليكم؛ لأن الرق ينصف جملة ما يحل له من الأنكحة ابتداء؛ فكذلك بناء[٣] ينصف الجملة، والجملة ثمانية أنكحة؛ لأنه يتزوج أربعاً فيملك عليهن ثمانية عقود بناء على الأصل؛ على كل امرأة نكاحين، فيتنصف بالرق؛ لأنه لا يملك إلا امرأتين ويملك على كل امرأة نكاحين بناء على الأول، فيكون أربعاً نصف ما كان له[٤] حال الحرية[٥]، وعندكم لا يملك إلا نكاحين فيكون له ربع ما كان له حال الحرية، وكذلك كل تطليقات الحر ثنتا عشر تطليقة على أربع نسوة، على كل واحدة ثلاث تطليقات، فيجب أن يتنصف بالرق، فيملك العبد ست تطليقات إذا تزوج كل نسائه.

والذي يدل عليه: أن كل معنى حرم ابتداء العقد مع كون المرأة محللة حرم الوطء طارئاً على العقد كالعدة عن الغير وتمجس المرأة؛ فإن كونها مجوسية يحرم نكاح المسلم، ولو أسلم الرجل وامرأته مجوسية حرم وطؤها مع قيام النكاح، ثم القدرة على الحرة بنكاحها على الأمة لم يحرم وطء الأمة فعلمنا أنه لا يحرم العقد إذا قارن.

---

[١] «ص» (الأمة).

[٢] «ص» (ساغت).

[٣] «ص» (ما).

[٤] «ص» (ربع ما له).

[٥] «ن» (للحرية).

ولأنّ المقصود من النّكاح الوطء، والقدرة على الأصل تمنع تحصيل المقصود بالبدل كالمتيمم[١] وجد الماء بعد الفراغ عن التيمم يرفع التيمم؛ لأن المقصود منه الصلاة، ولم يصلها بعد، فصار[٢] وجود الماء بعد التيمم كالمقارن، والله أعلم.

|٦٠٤| مسألةٌ: قال علماؤنا رحمهم الله فيمن جمع بين حرّة وأمة: أن نكاح الحرة جائز[٣].

وقال الشافعي(٤) رحمه الله: [لا يجوز][٥]، ومن شرط صحته[٦] ألا تكون الأمة مجموعة إليها لأنه نكاح فسد بعضه لحرمة الجمع فيشيع كمن تزوج أختين معاً.

إلا أنا نقول: نكاح الأمة لو كان ثابتاً لم يرفع[٧] نكاح الحرة فقبل الثبوت أولى ألا يرفع[٨] ولأنّ حال الجمع في الحرة لا يخلو إما أن يعتبر بما إذا تقدم نكاحها أو تأخر، ونكاحها صحيح في الحالين وهذا بخلاف الأختين؛ لأن الجمع بين الأختين حرام، والجمع حصل بهما[٩] فشاعت[١٠] الحرمة، والجمع

[١] «ص» زيادة: (إذا).

[٢] «ص» (فجاز).

[٣] «ص» (مسألة: إذا جمع بين حرة وأمة في عقد النكاح كان نكاح الحرة صحيحا عندنا).

(٤) انظر: «الأمّ» (١٦٨/٥)، «مختصر المزني» (٢٧١/٨)، «الحاوي الكبير» (٩/ ٢٤٠ ـ ٢٤١).

[٥] ما بين [ ] ليس في «س»، والمثبت من «أ»، «ن»، وفي «ص» (لا يصح).

[٦] «ص» (ومن شرطه).

[٧] «ن»، «ص»، وحاشية «أ» (يدفع).

[٨] «ن»، «أ»، «ص» (يدفع).

[٩] «ص» (بينهما).

[١٠] «ص» (فساغت).

بين الحرّة والأمة ليس بحرام ؛ فإن الحرة إذا جمعت إلىٰ الأمة صح ، وإنما الحرام جمع الأمة إلىٰ الحرّة فصار الجمع علة[١] فساد للأمة دون الحرة فلذلك[٢] لم يشع ، ولا يجوز أن يكون فساد[٣] الحرة بمعنىٰ فساد[٤] الأمة ؛ فإن من جمع بين أمته[٥] وبين أجنبية لم يفسد نكاح الأجنبية لأن أكثر ما في الباب أن يكون نكاح الأخرىٰ بمنزلة شرط فاسد دخل في نكاح صحيح لولا الشرط ، وقد ذكرنا أن النّكاح لا يبطل بمثله بخلاف البيع ، والله أعلم.

|٦٠٥| **مسألةٌ**: قال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله في العبد أو المكاتب إذا تزوج امرأة علىٰ أنها حرّة فاستولدها ثم تبيّن أنّها أمة لم يعتق الولد[٦].

وقال محمد والشافعي(٧) رحمهما الله: يكون حراً ؛ لأن النّكاح بهذا الشرط من الحر يوجب حرية[٨] الولد ، وإن كانت المرأة أمة فكذلك من العبد ؛ لأنه عتق علىٰ[٩] الحر باستيلاده بناء علىٰ [ملك][١٠] نكاح حرة.

---

[١] «ص» (عليه).

[٢] «ص» (فكذلك).

[٣] «ص» زيادة: (نكاح).

[٤] «ص» زيادة: (نكاح).

[٥] في حاشية «أ» (أمة).

[٦] «ص» (المكاتب والعبد إذا تزوج أمة علىٰ أنها حرة فاستولدها ثم تبين أنها أمة كان الولد رقيقا في قول أبي حنيفة وأبي يوسف).

(٧) انظر: «الأمّ» (٩٢/٥ ـ ٩٣) ، «مختصر المزني» (٢٧٨/٨) ، «الحاوي الكبير» (٣٥١/٩ ـ ٣٥٤).

[٨] «ص» (حرمة).

[٩] «ص» (من).

[١٠] ما بين [ ] ليس في «ص».

ألا ترىٰ أنه لو علم بأنها أمة ثم استولدها لم يعتق الولد، وكذلك لو زنا بها حتىٰ ولدت كان الولد رقيقاً، والعبد يساوي الحر في ملك النّكاح علىٰ امرأة واحدة، ويساويه في اختيار الحرة للوطء، وهذا لما[١] ذكرنا أنه فيما له من الحل لا يفارق [الحل[٢] في باب النّكاح بوجه بخلاف الاستيلاد بملك اليمين، فإن ولده لا يعتق لأنه يفارق][٣] الحر في[٤] ملك اليمين وصحة الاستيلاد به؛ فإن الحر يملك والعبد لا يملك، وكذلك المكاتب لا يملك حقيقة حتىٰ لا يملك إعتاق عبده.

ولا معنىٰ لقولكم: إن حرية الولد في النّكاح إنما يثبت بشرط أنها حرة والعبد لا يملكه[٥]؛ لأن العبد لا يملك شرط العتق قصداً[٦] لفقد[٧] الملك وهذا في[٨] الحر يعمل في ولدٍ سبيله أن يكون لمولىٰ الأمة فيعمل[٩] في غير ملكه فيساويه العبد؛ وهذا لأن هذا الشرط ليس في الولد الذي يعتق ولكن في تعيين الحرة عن الأمة للعقد ومقاصده، [والعبد يملك هذا.

ألا ترىٰ أنه يصح من الحر ويعتق الولد به][١٠] والولد ملك مولىٰ الأم لولا

---

[١] «ص» (فيما).

[٢] «ن»، «ص» (الحر).

[٣] ما بين [ ] ليس في «أ».

[٤] «ص» زيادة: (ملكه).

[٥] «أ» (يملك).

[٦] «ن»، وحاشية «أ» زيادة: (إليه).

[٧] «ن»، وحاشية «أ» (لعقد).

[٨] «ن»، «أ»، «ص» (من).

[٩] «ص» زيادة: (عمله).

[١٠] ما بين [ ] ليس في «ص».

الشرط فلا يعتق بشرطه شرط العتق في ملك غيره، وإذا كان العتق يثبت حكماً لملك النّكاح بشرط[١] أنها حرة والعبد يساوي الحر فيه ساواه[٢] فيما تعلق به من العتق وإن كان لا يملكه قصداً.

ألا ترى أن الصغير يساوي الكبير في عتق أبيه عليه إذا ملكه وإن افترقا في الإعتاق صريحاً؛ لأنه ساواه في السبب الحكمي وهو الملك[٣].

ولا معنى لقولكم: "إن حرية ولد المغرور ثبتت بخلاف القياس" لأنّها[٤] ثبتت بقول عمر وعلي ﷺ، وأنهما لم يحكما به عن نص ولكن عن اجتهاد، وإنّما حكما به في المستولِد بملك[٥] اليمين، ثم المسلمون عدوه إلى ملك النّكاح بالقياس، وهذا لأن النّكاح كما يقصد منه [الوطء][٦] فكذلك يقصد منه الولد وحريته في العادات سواء كان الرجل حراً أو عبداً بل قصد العبد عليه أكثر لفقده[٧] هذه الصفة في[٨] نفسه، ثم عتق الولد على الحر إبقاء عليه مقصود في عقده فكذلك[٩] العبد، وأما ملك اليمين فلأن ولده منها لو علق رقيقاً تبعاً للأم لعتق على الأب بالملك فأوجب الاستيلاد العتق مقارناً حال ثبوت الرق فلم

[١] «ص» (واشترط).
[٢] «ن»، وحاشية «أ» (فساواه)، «ص» (مساواة).
[٣] «س» (الحكم)، والمثبت من «ن»، «أ»، «ص».
[٤] «ن»، «ص» (لأنه).
[٥] «أ» (لملك).
[٦] ما بين [ ] ليس في «ص».
[٧] «ن»، وحاشية «أ» (لعقده).
[٨] «ص» (ثم).
[٩] «ص» (فلذلك).

يثبت الرق، فبهذا[١] المعنىٰ أوجب ملك اليمين حرية الولد وبالبناء[٢] عليه صار مغروراً إذا استحقت الأمة وأنه معدوم في العبد؛ لأنه لا ملك له في الأصل موجباً للعتق في الولد، فلم يصر مغروراً ولا قاصداً حرية ولده منها بالاستيلاد، فلم يجب الإبقاء عليه، والله أعلم.

ولأنّه حرام عليه الوطء بملك اليمين، وإذا كان ممنوعاً عنه شرعاً لم يثبت له ثمرته[٣] [شرعاً][٤]، فثبت أن حرية ولد المغرور معلولة؛ إلا أنا نقول: أن الولد علق من ماءين رقيقين، فيكون رقيقاً قياساً علىٰ الاستيلاد علىٰ علم أنها أمة، وهذا المعنىٰ وهو أن[٥] الولد فرع الماءين بلا شك، فإذا كانا علىٰ صفة [الرق لم يجز تولد][٦] [صفة][٧] الحرية منهما في الولد علىٰ خلافه كما إذا كانا علىٰ صفة الحرية لم يكن الولد رقيقاً بوجه، وكذلك جميع المتولدات[٨] من أصول تكون علىٰ موافقتها دون مضادتها.

ولا يلزم الحر في هذه المسألة لأن الولد علق من ماءين أحدهما حر في حكم أصله والآخر رقيق في حكم أصله، وإذا اجتمع علتان متنافيتان في محل لم يكن بد من الوقف أو ترجيح إحداهما، فلم يكن ترجيح ماء المرأة بحال وماء

---

[١] «ص» (فهذا).

[٢] «ص» (بالنيابة).

[٣] «ن» (بمزية).

[٤] ما بين [ ] ليس في «ص».

[٥] «ن» (وهذا لمعنىٰ أن الولد).

[٦] ما بين [ ] ليس في «ص».

[٧] ما بين [ ] ليس في «أ».

[٨] «ص» (المستولدات)، وفي «أ» (المتوالدات).

الرجل بحال خروجاً عن سنن القياس، بل كان جرياً على موافقته[١].

۞ فإن قيل: الولد يعتق بشرط العتق أو الغرور دفعاً لضرر الغرور عنه لا بالتولد.

۞ قلنا: لا يجوز أن يكون العتق بشرط العتق لأن نفاذه يحصل في[٢] ملك الغير، وهذا مما [لا][٣] يملكه الحر ولا العبد[٤]، بل بشرط أنها حرة كناية عن قوله لا يرق ماؤه بها[٥]، ولذلك[٦] سمي مغروراً وأنه شرط فاسد من العبد؛ لأنه[٧] لا يرق بها، ثم هذا الشرط [إنما][٨] اعتبر في الحر دفعاً للضرر[٩]، وذلك المعنى بعينه يوجب رق الولد ههنا.

وبيانه: أنّ ماء الحر في حكم الحر، وهو بهذا الشرط قصد دفع ضرر استرقاق مائه بالمرأة بسبب شرع له الشرع الدفع به، فلو قلنا بأن الولد يرق لتضرر بورود الرق على مائه، وهو في معنى جزء منه[١٠] مع اكتساب سببه وتوفير حق مولى الأمة في ملك[١١] ولدها من غير جبر لحق المستولد بشيء ولو أعتقنا على

---

[١] «ص» (القياس).

[٢] «ن» (من).

[٣] ما بين [ ] ليس في «ص».

[٤] «ص» (يفيد).

[٥] «ن»، وحاشية «أ» (بمائها).

[٦] «ص» (وكذلك).

[٧] «ص» زيادة: (لأن ماءه).

[٨] ما بين [ ] ليس في «ص».

[٩] «ن»، «أ» زيادة: (عنه).

[١٠] «ن»، «ص» (حرمته).

[١١] «ن»، «ص»، وحاشية «أ» (تملك).

المستولد بالسبب الذي اكتسبه وأضررنا بمولى الأم بعتق ولدها جبرنا حقه بالقيمة للحال، وأذقنا في باب النكاح مولى الأمة وبال[١] شرطه أنها حرة، وكان الميل إلى الضرر المجبور أولى من الذي[٢] لا يجبر لأن الضرر مدفوع ما أمكن.

وفي مسألتنا هذه لو أعتقنا[٣] الولد لتضرر به لفوات ملكه في الولد مولى الأمة بلا جبر لأن العبد لا يؤخذ بالضمان ما لم يعتق ولا يدرى أيكون[٤] أم لا؟ ولو أرققنا الولد لتوفر[٥] على مولى الأمة حقه في الولد، ولم يتضرر[٦] العبد شيئاً ببقاء مائه على الصفة التي انفصلت منه، وإنما قصد هو زيادة حرية[٧] فحرم وأن يحرم الإنسان زيادة لم يكن ضرراً، فكان الميل إلى هذا أولى بالقياس على الفصل الأول، فثبت الآن[٨] أن علة غرور الحل[٩] لم توجد في العبد؛ لأنه دفع ضرر لا شرط عتق لأنه شرط فيما لا يملك كما لو لم يوجد العلة في ملك اليمين على ما قلته.

ولأنّ الغرور في مسألة الحر اعتبر مرجحاً لمائه على ماء الأمة في صفة الحرية لما ذكرنا أن ماءه على الحرية في الأصل، غير أن ماء الأمة كان يترجح

---

[١] «ص» (وبان).
[٢] «ن»، وحاشية «أ» (منه إلى الذي).
[٣] «ص» (أعتق).
[٤] «ص» (ذلك).
[٥] «ص» (بتولد).
[٦] «ص» (يضر).
[٧] «ص» (حرمة).
[٨] «ص» (إلا أن).
[٩] «ن»، «ص»، «أ» (الحر).

عليه بحكم أن الولد علق حراً[١] منها حتىٰ كان الحبل وصفاً لها كسائر أوصافها، ويدخل تحت الجملة في الأحكام، فبشرط الغرور رجحنا ماء الرجل فيما يندفع به ضرر الغرور، وفي باب العبد يحتاج إلىٰ علة العتق ابتداء وما يصلح[٢] للترجيح لا يصلح لإثبات الحكم ابتداء بنفسه؛ ولأنّ الغرور ثمة عمل في إبقاء ماء الرجل علىٰ الحرية، ثم غلبت[٣] الحرية[٤] الرق [علىٰ ما بني أمرها[٥] علىٰ الغلبة وههنا يحتاج إليه لإعتاق ماء العبد وما يصلح لإبقاء ما كان][٦] علىٰ ما كان لا يصلح لإنشائه ابتداء[٧]؛ فإن الإبقاء[٨] يثبت بتعارض الأدلة دون الابتداء، وكذلك الشيء إذا ثبت دام بلا علة فبطل القياس علىٰ الحر لاختلافهما في العلة ثم اختلافهما في حكم العلة من وجهين، والله أعلم.

---

[١] «ص» (جزءا).

[٢] «ص» (نعلم).

[٣] «ص» (تمكنت).

[٤] «ص» زيادة: (و).

[٥] «ن»، وحاشية «أ» (أمره).

[٦] ما بين [ ] ليس في «ص».

[٧] «ن»، وحاشية «أ» (لابتداء الإثبات).

[٨] «ن» (الإيفاء).

القول في ركن النّكاح

|٦٠٦| [مسألةٌ]: قال علماؤنا رحمهم الله: النّكاح ينعقد بكل لفظ يصلح لتمليك الرقاب مطلقاً، كالتمليك والهبة والصدقة والبيع.

وقال الشافعي(١) رحمه الله: لا تنعقد إلا بلفظ النّكاح والتزويج؛ لأن الله تعالىٰ جعل انعقاد النّكاح بلفظ الهبة خالصة لرسول الله؛ فاقتضىٰ نفي الشركة، وقال رسول الله ﷺ: «استحللتم فروجهن بكلمة الله»(٢)، وكلمة الله التي أنزلها[٣] في القرآن النّكاح والتزويج، فأما الهبة فكانت خالصة لرسول الله.

والمعنىٰ فيه: أن البيع لفظ وضع لتمليك الأموال فلا ينعقد به النّكاح قياساً علىٰ القرض والوصية والإجارة، بل أولىٰ؛ لأن الإجارة لتمليك المنافع. وملك النّكاح ملك منفعة فهو إلىٰ المنفعة أقرب منه إلىٰ ملك الرقبة؛ ولأنّ لفظ الإحلال إلىٰ معنىٰ[٤] النّكاح أقرب لأنه ليس في النّكاح إلا استحلال الفرج، فلما لم ينعقد بلفظ الإحلال النّكاح فبلفظ التمليك أولىٰ، ولأنّ هذه الألفاظ تصلح للسراح[٥] فلا تصلح للنكاح قياساً علىٰ لفظ الطلاق والإبانة، ولأنّ هذه الألفاظ لا تخلو إما أن تكون صريحاً في باب النّكاح أو كناية، ولا يجوز أن يكون صريحاً

(١) انظر: «الأمّ» (٥/٤٠ ـ ٤١)، «مختصر المزني» (٨/٢٧٨)، «الحاوي» (٩/١٥٢ ـ ١٥٤).

(٢) رواه مسلم برقم (١٢١٨) من حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنهما.

[٣] «ص» (أمر بها).

[٤] «ص» (ملك).

[٥] «ص» (تصلح آخر).

[في باب النّكاح أو كناية ولا يجوز أن يكون صريحا][١] لأن اللفظ لم يوضع له في اللغة، ولا تجوز أن تكون كناية لأنه لا اتصال بينهما معنىً؛ فإن التزويج تلفيق بين الزوجين، وكذلك الإنكاح ضم بينهما وليس في التمليك معنى الضم والتلفيق بين زوجين؛ لأنه لا ازدواج بين المملوك والمالك، ولا شركة بينهما ولا مساواة.

ولأنّ الكناية إنما تصير كناية بإرادة المتكلم الكناية[٢] عن غيره وذلك بالضمير، والشهادة لا تصح[٣] على ما في الضمير، والنّكاح لا يجوز إلا بشهود، ولأنّ التمليك لإيجاب الملك في المحل المضاف إليه، والنّكاح لإيجاب ملك التمتع للرجل بها من غير أن يوجب ملك عين المرأة ولا جزء منها[٤]، فلم يستقم كناية عنه لاختلاف محليهما. ألا ترى أن الإجارة لا تنعقد بلفظ البيع المضاف إلى الرقبة لأن الإجارة لإيجاب ملك المنفعة، فخالف محلها محل البيع فلم ينعقد بالبيع المضاف إلى الرقبة.

فأما علماؤنا، فإنهم احتجوا بقول الله تعالى[٥]: ﴿وَٱمۡرَأَةً مُّؤۡمِنَةً إِن وَهَبَتۡ نَفۡسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنۡ أَرَادَ ٱلنَّبِيُّ أَن يَسۡتَنكِحَهَا خَالِصَةً﴾ [الأحزاب: ٥٠]، أي: إن أراد النبي أن يستنكحها فوهبت نفسها لرسول الله؛ على هذا موجب اللغة إذا دخل شرط على شرط صار الثاني مقدماً والأول بمنزلة الجزاء له على ما بينا في مسائل الجامع، ولا خلاف في تأويل الآية، وأن نكاح رسول الله انعقد بلفظ الهبة، وما

---

[١] ما بين [ ] ليس في «س»، «ن»، «ص» والمثبت من «أ».
[٢] «ن»، «ص»، وحاشية «أ» زيادة: (به).
[٣] «ص» زيادة: (إلا).
[٤] «ن»، «ص»، وحاشية «أ» (حرمتها).
[٥] «ص» (ولنا قول الله تعالى).

كان[١] لرسول الله فهو قدوة أمته حتى يقوم الدلالة[٢] على خصوصيته.

وأما قول الله تعالى: ﴿خَالِصَةً لَّكَ﴾ فنعت لاسم مؤنث سابق، والذي سبق من الاسم المؤنث نصاً نفسها واقتضاء الهبة؛ فإن قوله: ﴿وَهَبَتْ﴾ يقتضي هبة[٣] كما يقال: "أعطيته جزيلاً" أي عطاء جزيلاً، و"ضربته وجيعاً" أي ضرباً وجيعاً؛ فكذلك يستقيم أن يقال: وهبتُ خالصة، أي: هبة خالصة، فلأن كان المراد بها نفسها فيكون معنى الآية: وهبت نفسها خالصة لك لا تتزوج بأحد بعدك فيكون شريكاً لك فيها من حيث الزمان، والظاهر أنها نعت للهبة؛ أي هبة خالصة لك بغير بدل، وبهذا احتج محمد بن الحسن ﷺ في الأصل(٤)، وهو الصحيح فإن الخلوص عبارة عن التمحض[٥]، والهبة تمليك بغير شيء، والخالصة منها العارية عن البدل شرطاً حتى تكون تمليكاً محضاً بغير بدل بخلاف سائر المؤمنين؛ فإن الهبة لا تخلص لهم، بل يجب البدل حكماً فإما أن يكون رسول الله خاصاً[٦] به فلا يكون ذلك نعتاً للهبة، ولا يجوز أن يكون الانعقاد بلفظ[٧] ﴿خَالِصَةً لَّكَ﴾؛ لأنه ليس باسم مؤنث ولا له ذكر في النص، وإنما هو حكم.

والدليل عليه صدر الآية وسياقها؛ أما الصدر فقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِنَّآ أَحْلَلْنَا لَكَ أَزْوَٰجَكَ ٱلَّٰتِيٓ ءَاتَيْتَ أُجُورَهُنَّ وَمَا مَلَكَتْ يَمِينُكَ﴾ إلى قوله ﴿وَٱمْرَأَةً مُّؤْمِنَةً

---

[١] «ن»، وحاشية «أ» (جاز)، «ص» (جاء).

[٢] «ص» (الدليل).

[٣] «ص» زيادة: (أي هبة خالصة).

(٤) انظر: «الأصل» للشيباني (٢٢٥/١٠).

[٥] «ن»، وحاشية «أ» (المحض).

[٦] «ن»، وحاشية «أ» (خالصا).

[٧] «ن»، وحاشية «أ» زيادة (الهبة).

إن وَهَبَتۡ نَفۡسَهَا لِلنَّبِيِّ﴾ [الأحزاب: ٥٠] فمنَّ الله تعالىٰ عليه بالإحلال بمهر وبملك يمين وبلا مهر؛ فإنها سيقت لبيان أنواع الإباحة؛ فإن ملك اليمين غير النّكاح والهبة بلا مهر غير[١] المعاوضة كالبيع والهبة في باب الأموال[٢]، وعلىٰ ما يقوله الخصم يكون بياناً للفظ العقد الذي اختص به رسول الله فلا يكون لائقاً بما ذكر من الإحلال بمهر وبملك اليمين، ففيهما بيان نوعي الملك لا بيان الألفاظ.

وأما السياق فلأنه قال: ﴿قَدۡ عَلِمۡنَا مَا فَرَضۡنَا عَلَيۡهِمۡ فِيٓ أَزۡوَٰجِهِمۡ﴾ فأخبر بالنص أن الخلوص لك من حيث أن لا إباحة لهم إلا بفرض[٣] ومهر، ولو كان التأويل ما قلته لكان من حق الكلام أن يقال: قد علمنا ما حرمنا عليهم إلا بلفظ النّكاح، وقال أيضاً: ﴿لِكَيۡلَا يَكُونَ عَلَيۡكَ حَرَجٌ﴾، فأخبر أنه أباح له بالهبة[٤] نفياً للحرج، والحرج لا يلحق الإنسان بالعدول عن لفظ الهبة إلىٰ النّكاح، وإنما يلحقه بلزوم المهر فعسىٰ لا يجد ما يوفيه، ولأنّ النبي ﷺ إنما بين له الخصوصية بالأحكام لا بالألفاظ ما ظهر في الشرع إطلاق لرسول الله بلغة حَجَر عنها غيره، وهذا لأن الخصوصية لإبانة شرفه وباللفظ لا يتبين الشرف، فما في إطلاق العبارة بلفظ دون لفظ فائدة، فالألفاظ شرعت لمقاصد، فإذا ارتفع عين ذلك المقصود بلفظ آخر ولا عسر في العبارة بأي لفظ كأن لم يتعلق به فائدة؛ إنما الفائدة في الأحكام التي تتعلق بالألفاظ.

❊ فإن قيل: متىٰ جعلت الخالصة نعتاً للهبة بقي قوله: ﴿لَّكَ﴾ زيادة بلا

---

[١] «ص» (عين).

[٢] «ن»، «ص» (المال).

[٣] «ن»، وحاشية «أ» (بعوض).

[٤] «ص» (لفظ الهبة).

فائدة ؛ لأن خلوص الهبة في الخلو عن البدل لأي موهوب له كانت ، فبين بقوله[١] ﴿لَكَ﴾ أن المراد به معنىٰ لا يتم إلا برسول الله ، وذلك اختصاصه بالهبة جواباً عن الاستنكاح ، وكان وجه بيان المنة أن الهبة كانت جواباً عن الاستنكاح خالصة لك ؛ ليعلم أن هذا الملك يقع لك بالتبرع[٢] والعوض جميعاً بخلاف المؤمنين ، فيكون الاختصاص بلفظ الهبة دليلاً علىٰ الاختصاص بمعناه ، فتكون الخصوصية باللفظ مفيدة وكان قوله ـ والله أعلم ـ ﴿قَدْ عَلِمْنَا مَا فَرَضْنَا عَلَيْهِمْ﴾ كناية عن قوله: ﴿قَدْ عَلِمْنَا﴾ ما لم نبح لهم بلفظ التبرع[٣] ؛ لأن الفرض دليل المعاوضة كما أن الهبة دليل سقوط العوض.

۞ قلنا: نعم قوله ﴿لَكَ﴾ دليل علىٰ زيادة تتعلق برسول الله ولا نزاع فيه ، إنما النزاع في تعيينه ، وهو اختصاصه بوقوع الملك له بلا عوض لا[٤] باللفظ الموجب للملك بلا عوض ، فقوله: ﴿خَالِصَةً﴾ نعت للهبة علىٰ أنه لا عوض فيها ، وقوله: ﴿لَكَ﴾ تخصيص لرسول[٥] الله بدليل ؛ ألا ترىٰ أنه لما بين الفرق بينه وبين سائر المؤمنين نص علىٰ حكم اللفظ وهو وجوب العوض[٦] عليهم لا علىٰ عين اللفظ ، فمَن رام[٧] جعل العوض[٨] عبارة عن الحجر إلا بلفظ العوض احتاج إلىٰ دليل ؛ لأنه مجازه.

[١] «ص» (فتبين بقولك).
[٢] «ص» (بالشرع).
[٣] «ص» (ما لم يبح لهم الشرع).
[٤] «أ» ، «ص» (إلا).
[٥] «أ» (برسول).
[٦] «ص» (الفرض).
[٧] «ص» (دام).
[٨] «ص» (الفرض).

❁ فإن قيل: في الابتداء أضاف إلىٰ رسول الله بالخلوص[١] لفظ الهبة لا حكمها، فمن جعلها عبارة عن الحكم احتاج إلىٰ دليل أيضاً.

❁ قلنا: هب أن المعارضة[٢] وقعت بين هذين الظاهرين فتساقطا، وصارت الآية كأنه[٣] ليس فيها قوله: ﴿خَالِصَةً لَّكَ﴾ وقوله: ﴿قَدْ عَلِمْنَا مَا فَرَضْنَا[٤]﴾ فيبقىٰ صدر الآية لنا حجة كافية[٥]، وهو أن الهبة انعقد بها نكاح رسول الله ﷺ فيكون قدوة أمته.

أو نقول: تأويلنا أولىٰ لما ذكرنا أن الخصوصية باللغة لا فائدة فيها، وبالحكم فيها فائدة، ولأنّ النبي ﷺ لم يُختص بلفظ الهبة علىٰ اعتبار حقيقتها؛ فإنها[٦] لإيجاب ملك الرقبة التي أضيفت إليها كما في الأموال، والنبي ﷺ ما كان يملك عين الحرة.

والذي يقطع الحجاج والخصام[٧] أن قولها: "وهبت" كان جواباً عن استنكاح رسول الله فلو لم يصر[٨] "وهبت" كناية عن جواب النكاح كأنها قالت: "زوجت نفسي منك" لما صلح جواباً عن حقيقة الهبة، وإن احتمل لرسول الله حكماً علىٰ الخصوص[٩]، كمن قال لآخر: "اشتريت منك هذه الأمة"، فقال

[١] «ص» (بالخلوة).
[٢] «ص» (المعاوضة).
[٣] «ن» (كآية).
[٤] «ص» زيادة: (في أزواجهم).
[٥] «ص» (فيه).
[٦] «أ» (فلأنها).
[٧] «ص» (الجدال).
[٨] «ص» (فلم يصر).
[٩] «ص» (الخلوص).

المولى: "وهبتها لك" لم يصر جواباً وإن احتمل الملك هبة [إلا][١] أن يقول[٢]: "ملكتك بألف[٣]" فيصير جواباً مجازاً عن البيع.

ولأنّ النبي ﷺ لم يكن مخصوصاً بثبوت الملك له من حيث ملك رقبة الحرة، بل كان يملك ملك النّكاح كغيره لكن بغير بدل[٤]، وإنما يثبت هذا الملك إذا صارت الهبة كناية عن النّكاح، والنبي ﷺ ما كان يملك عين الحرة فثبت أن نكاحه انعقد بهذه اللفظة على سبيل أنها كناية عن النّكاح بشرط أن لا مهر، واللفظ متى صار كناية عن غيره قام مقامه كأنه هو؛ لأن العرب لها لسانان: لسان حقيقة ولسان مجاز ويجريان مجرى واحداً، والنّكاح بشرط أن لا مهر كان جائزاً لرسول الله مع شرطه، وجائز لغيره مع فساد شرطه ووجوب المهر، فكذلك الهبة التي صارت كناية عنه.

وإمامنا في المسألة علي بن أبي طالب رضي الله عنه؛ فإنه روي أن رجلاً وهب ابنته لعبيد الله بن الحر[٥] فأجاز علي بن أبي طالب رضي الله عنه ذلك(٦)، ولما ثبت الانعقاد

[١] ما بين [ ] ليس في «س».

[٢] «ص» (أنا نقول).

[٣] «ص» زيادة: (درهم).

[٤] «ص» (ملك النكاح بغيره).

[٥] «س» (البر)، والمثبت من «أ»، «ن»، و«ص» (عبد الله بن الحسن).

(٦) روى عبد الرزاق في مصنفه (٢٣١/٦) برقم (١٠٦٢٦) عن ابن جريج قال: أخبرني عبد الكريم أنّ أبا موسى أخبره أن وليين كلاهما جائز نكاحه، أنكح أحدهما عبيد الله بن الحر الجعفي، وأنكح الآخر آخر، وأنكح عبيد الله قبل مجمعها الآخر، نقضى بها علي بن أبي طالب لعبيد الله، وروى سعيد بن منصور في سننه (١٧٩/٦) برقم (١٧٢٤) عن منصور، عن إبراهيم قال: تزوج رجل بالشام امرأة، وتزوجها رجل هاهنا بالكوفة، وهما وليان، وكان تزوجها عبيد الله بن الحر الجعفي، فجاء من الشام، فاختصما إلى علي رضي الله عنه، فردها إليه، وكانت ولدت منه، وكلاهما بغير لفظ الهبة.

بلفظ الهبة ثبت[١] بلفظ البيع[٢] من طريق الأولىٰ؛ لأنه[٣] مثله في إيجاب الملك، ويزيد عليه بالعوض، والنّكاح لا يكون إلا بعوض، فكان البيع أقرب إلىٰ النّكاح من الهبة.

وتبين بهذه الآية أن المهر مقدر لأن الحرج لا يلحق بأصل المال[٤] كالفلس والحبة، وإنما يلحق بمال مقدر، وتبين أن المهر يجب بنفس العقد؛ لأن الله تعالىٰ فرق بينه وبين غيره بالفرض[٥] الواجب علىٰ غيره.

وأما الكلام من حيث المعنىٰ فساقط، من حيث القياس الشرعي في هذه المسألة وأخواتها من المسائل التي يقع النزاع فيها في معرفة معاني اللغة؛ لأن معاني كلام العرب وأنواع الاستعمالات إنما تعرف بالنظر في كلام أهل اللغة لا بالنظر في أصول أحكام الشرع.

لأن اللغة كانت قبل الشريعة، والشريعة جاءت لبيان الأحكام دون اللغات، فثبت أن السبيل في مثل هذه المسائل الاستدلال بكلام العرب.

كما إذا وقع الاختلاف في حكم شرعي وجب الاستدلال بأصول الشرع.

❁ فإن قيل: قوله: النّكاح فاسد أو جائز حكم شرعي.

❁ قلنا: هذا الجواز أو الفساد[٦] بناء علىٰ صلاح الهبة كناية عن النّكاح أو

---

[١] «ص» (فكذلك).

[٢] «ن» (في البيع).

[٣] «ن» (فإنه).

[٤] «ص» (الملك).

[٥] «ن» (فالفرض).

[٦] «ص» (قلنا: والجواز).

عدم الصلاح ، وهذه لغة وليست بحكم شرعي.

ثم الدليل على صلاح استعمال الهبة وسائر ألفاظ التمليك للرقاب مطلقاً كناية عن النّكاح أنه قد ثبت من مذهب العرب استعارة اللفظ لغيره إذا كان بمعناه أو سبباً له ؛ كما قالوا: سقط السماء أي المطر ، لأن السماء سببه ، وقال الله تعالى في سورة يوسف: ﴿إِنِّيٓ أَرَىٰنِيٓ أَعۡصِرُ خَمۡرٗاۖ﴾ [يوسف: ٣٦] ، أي عصيراً سيصير خمراً ؛ لأن عصر العنب[١] سبب له[٢] ، والعرب تقول: مسِست امرأتي أي جامعتها ؛ لأن[٣] المسيس[٤] باليد سبب للجماع ، والنّكاح وطء في اللغة ، وسمت[٥] العرب العقد الذي يعقد للوطء نكاحاً ، وكذلك العقد الذي يوجب صرف البدلين في المجلس بالتقابض صرفاً ؛ لأنه سبب وجوبه ووجوده عادة ، فثبت أن تسمية الشيء باسم سببه مجازاً مذهبٌ للعرب[٦] ، وفيما نقوله[٧] تسمية للشيء باسم سببه فلم يكن مردوداً لغة وكان على موافقة مذهب أهل اللغة.

وإنّما قلنا: فيه تسميةُ الشيء باسم سببه ، لأن الهبة لتمليك الرقبة ، وتمليك الرقبة في محل الجماع سببٌ لملك الجماع ، فإن من ملك أمة[٨] حلّ له جماعها إلا بمانع وعارض بأي سبب ما ملك الرقبة من ألفاظ التمليك التي توجب الملك فيها.

---

[١] «ن» ، «ص» ، وحاشية «أ» (العصير).

[٢] «ص» (عصر العصير للخمر).

[٣] «أ» (لا).

[٤] «ن» ، وحاشية «أ» (المس).

[٥] «أ» (قسمت).

[٦] «ن» ، «ص» (مذهب العرب).

[٧] «أ» (يقوله) ، «ص» (إنما قلنا فيه).

[٨] «ص» (رقبة).

وبخلاف لفظ الإجارة لأنها لتمليك المنفعة ، وملك المنفعة لا يكون سبباً لملك الجماع بحال ، وكذلك[١] لفظ الإعارة[٢] ، وكذلك القرض لأنه بمنزلة الإعارة على ما بينا في موضعه[٣].

ألا ترى أنّه لا يوجب الملك في أعيان لا تملك بالإعارة ؛ ولأنّ لفظ القرض[٤] لا يعمل في ملك رقاب[٥] الإماء ولا تكون حقيقته[٦] قط سبباً لملك الجماع وكذلك الإحلال والإباحة حيث يثبتان لا يوجبان ملك النّكاح[٧] بحال ، وكذلك الوصية ؛ لا يوجب الإيصاءُ الملكَ[٨] إلا على سبيل التعليق بشرط الموت[٩] ، فمتى تصير كناية عن إيجاب [ملك][١٠] المتعة تصير على سبيل التعليق بالشرط ؛ كأنه قال: "إن متّ فقد زوجت منك" فلا يصح[١١] ، لا لأنّ اللّفظ لم يصلح[١٢] كناية ، ولكن لمكان[١٣] الشرط كما لو أتى بصريح اللفظ وعلق بالشرط ، وهذا لأنّ اللفظ متى صار كناية عن غيره نزل منزلة الصريح منه ،

[١] «ص» (حال كذلك).
[٢] «ص» (الإجارة).
[٣] «ص» زيادة: (في كتاب الصرف).
[٤] «ن» (الفرض).
[٥] «ن» ، «ص» ، وحاشية «أ» (رقبة).
[٦] «ن» (حقيقية) ، وفي حاشية «أ» (حقيقة).
[٧] «ن» ، «أ» (الجماع).
[٨] «ن» (بالملك).
[٩] «ص» (الثبوت).
[١٠] ما بين [ ] ليس في «س» ، «ن» ، والمثبت من «أ» ، «ص».
[١١] «أ» (يصلح).
[١٢] «ص» (يصح).
[١٣] «ن» ، وحاشية «أ» (ما كان).

فيعمل على وجه بعمل الصريح. وصحة الكناية من حيث أن سبب ملك الرقبة سبب لملك المتعة[١]، وهذه السببية حين وجود الشرط لأن المعلق بالشرط معدوم بنفسه حكماً قبل شرطه فلا يصير كناية قبل وجوده، فلا يمكن جعل الوصية كناية قبل الموت.

❊ **فإن قيل**: إن الهبة لا توجب الملك إلا بعد القبض فتصير كناية عن نكاح لا يوجب الملك[٢] للحال فيفسد.

❁ **قلنا**: إن تراخي الملك عن[٣] الهبة ليس من موجب الهبة، فإن القبض لو سبق الهبة ملك بنفسها، ولكن نفياً عن المتبرع عهدة ما لم يتبرع به.

وإذا كان كذلك صار عبارة عن نكاح مطلق، ثم النّكاح لا يقع تبرعاً[٤] ليتأخر الملك نفياً للعهدة عنها على أن النّكاح بشرط أن لا يملك صحيح والشرط باطل.

ولهذا صلح[٥] لفظ الهبة كناية عن الإعارة؛ فإنه متى قال: "وهبت لك منافع عبدي هذا شهراً" صح عارية، ولا تنعقد الهبة بلفظ الإعارة[٦] لأن الهبة لتمليك الرقبة، وملك الرقبة سبب لملك المنفعة، فاستقام تسمية[٧] الإعارة باسم

---

[١] «ص» (المنفعة).

[٢] «ص» (المال).

[٣] «ص» (في).

[٤] «ص» (متبرعا به).

[٥] «أ» (صح).

[٦] «ص» (العارية).

[٧] «أ» (تسميته).

الهبة، وملك المنفعة لا يكون سبباً لملك الرقبة فلم يستقم الكناية من ذلك الطريق.

❁ فإن قيل: لو قال: "بعتك عبدي شهراً بدرهم"، أو بِعتك نفسي[١] وأراد به الإجارة لم يصح.

❁ قلنا: لا رواية لهذا، وأهل المدينة يسمون الإجارة بيعاً، فعلىٰ ذلك التعارف يجوز، وإذا جاز عند تعارف أهل اللّسان ببلد جاز في غيره[٢]، إذا اتفق المتعاقدان عليه، ولهذا جاز لرسول الله؛ فإنه لم يكن مخصوصاً باللغة علىٰ ما مرّ.

ولئن سلمنا أن الإجارة لا تنعقد بالبيع المضاف[٣] إلىٰ الرقبة فلا تضرنا؛ لأن الفساد ليس لعدم صلاح اللفظ كناية عن الإجارة، ولكن لعدم المحل؛ فإن محل الإجارة المنفعة، ومحلّ البيع الرقبة، فإذا قال: آجرتك عبدي فكأنه قال: ملكتك منافعه؛ لأنه وضع له، وإذا قال: ملكتك عبدي لم ينصرف إلىٰ المنفعة بل اقتصر علىٰ الرقبة؛ فإن اسم الرقبة لا يصلح كناية عن المنفعة، وإنما البيع يكون كناية عن تمليك المنفعة، ولما بقيت الرقبة محلاً لم يعمل عمل الإجارة لانعدام محل الإجارة، كما إذا أضاف البيع إلىٰ ما ليس بمال لم يعمل لانعدام المحل.

فأما فيما نحن فيه فمحل النّكاح مِن حيث إيجاب الملك علىٰ المرأة عينها لا منفعتها علىٰ ما نذكر بعد هذا أن المرأة تصير مملوكة حكماً، ولما كانت هي

---

[١] في «ن»، حاشية «أ» (بعتك بعشرة).

[٢] «ص» زيادة: (و).

[٣] «ص» (بلفظ مضاف).

المحلّ للملك[١] لم يصر المحلّ معدوماً بإضافة الهبة إلىٰ عينها، فلم يفسد من هذا الطريق، وهو سر المسألة.

فإن من أصل الشافعي أن الملك ملك الفعل[٢] لا غير، وهو فعل الاستمتاع، والجمع بين الزوجين وصلا[٣]، والمرأة لا تصير كالمملوكة عينها كما في الإجارة فيسقط حكم اللفظ لانعدام المحل.

وحقيقته تعرف في "فصل بيان حكم النّكاح"، غير أن المذهب عند الخصم أن هذا الملك في حكم [ملك][٤] المنفعة علىٰ ما نذكر فلا ينعقد بالتمليك[٥] المضاف إلىٰ العين كالإجارة [والإعارة][٦].

فأمّا الجواب عن قوله: "ليس بينهما اتصال معنىٰ"، فإن العرب كما تستعير اللفظ لآخر[٧] لاتفاقهما معنىٰ فقد استعارت لاتصالٍ بينهما بالسببية علىٰ ما بينّا.

وأمّا قولهم: إن الكناية إنما تصير كناية بالإرادة فليس بشيء لأنهما قد اتفقا علىٰ الإرادة[٨].

وقولهم: الإشهاد لا يقع علىٰ الإرادة فليس بشيء لأن الخلاف[٩] في نكاح

---

[١] «ص» (كان المحل للملك).
[٢] «ن»، وحاشية «أ» (العقد).
[٣] «ن»، وحاشية «أ» (وضعا).
[٤] ما بين [ ] ليس في «ص».
[٥] «ص» (التمليك).
[٦] ما بين [ ] ليس في «ص».
[٧] «ص» (الآخر).
[٨] «ص» زيادة: (بلفظ الهبة).
[٩] «ص» زيادة: (ثابت).

الذمي[١] بلفظ الهبة، ونكاح[٢] المسلم واحد، ونكاحه جائز بلا شهود[٣]؛ وكذلك جاز لرسول الله ولم يثبت خصوصيته بغير شهود، وهذا لأن الإرادة لبيان أنه كناية عن غيره، ثم الحكم يتعلق باللفظ المبين لا بالبيان، فيجب الإشهاد على اللفظ دون البيان، ولأنّهما لو[٤] بيّنا باللفظ كان الجواب كذلك؛ ولأنّ الكناية لا تصح كناية بالإرادة بل باتصال بالمكنى[٥] عنه من حيث السببية أو المعنى.

ولكن إذا احتملت[٦] ضروبًا من المكنى عنها لم يتعين اللفظ كناية عن واحد إلا بقصد[٧] وتعيين إما بالقلب أو باللسان كالصريح الذي يحتمل وجوهاً من المعاني؛ فإن اللفظ لا يعمل إلا بعد البيان حتى إذا ترجح بعض الوجوه بدلالةِ غير النية استغنيت عن النية، نحو أن يقول لامرأته: "أنت بائن" في حال مذاكرة الطلاق؛ فإنه يكون طلاقاً بلا نية.

وكذلك إذا لم يحتمل من حيث كنايته إلا وجهاً واحداً استُغني عن النية كالحقيقة، وفي مسألتنا هذه لا تحتمل إلا وجهاً واحداً؛ لأنه يصير كناية من حيث أنه سبب، وهو متعين لملك النّكاح؛ لأنه لا يصلح سبباً لملك المنفعة لما ذكرنا أنه أضيف إلى غير محل المنفعة وهو العين، فلم يبق سبباً إلا لملك النّكاح فتعين له.

---

[١] «ص» (البنتي).
[٢] «ن»، «أ» (أو بنكاح).
[٣] «ص» (ونكاحه ينعقد بغير شهود)
[٤] «أ» (لم).
[٥] «أ» (المكنى).
[٦] «ص» (احتمل).
[٧] «ص» (بعقد).

كما إذا قال لعبده[١]: "هذا ابني[٢]" عتق عليه بلا نية[٣]؛ لأنه لا يحتمل وجهاً للصحة إلا وأن يجعل كناية عن الإخبار عن عتقه من حين ملكه على ما جعل الولاد سبباً له لو تحقق.

❊ فإن قيل: إنّ اللّغة إنما تثبت بالنقل عن العرب لا بالمعنى.

❁ قلنا: الأسماء الموضوعة كذلك، فأما المستعارة[٤] فلا؛ لأن علتها ليست الوضع[٥] لينقل ولكن بمعنى اتصل[٦] به استجاز[٧] العرب الاستعارة، وذلك المعنى يوقف عليه بالتأمل لا بالسماع، فصح استخراجه بالتأمل، و[إثبات][٨] جواز الاستعارة حيث وجد وكانا من ألفاظ الشرع بمنزلة النص المعلول وغير المعلول، فغير المعلول لا يمكن إثبات حكمه إلا حيث وجد النص المسموع فيه، والمعلول يثبت حكمه حيث لا نص بقياس لم يسبق إليه؛ لأن المعلول عبارة عما تعلق الحكم فيه بمعناه لا بعينه، وقد ثبت شرعاً كيفية تعليل النص، وأنه بأي معنى يجوز غير رده إليه[٩]، فإذا أصاب فقيه ذلك المعنى وردَّ إليه غيرَه كان[١٠] مستحسناً منه ذلك، وإن لم يسبق به فكذلك معاني

[١] «أ» (لعبد).

[٢] «ن»، «ص» (ولدي).

[٣] «ص» (بالنية).

[٤] «ص» (الاستعارة).

[٥] «ن»، وحاشية «أ» (النقل).

[٦] «ن» (اتصال).

[٧] «ن»، «ص» (استجازت).

[٨] ما بين [ ] ليس في «ص».

[٩] «ن»، «ص»، «أ» (رد غيره إليه).

[١٠] «أ» (كانت).

الاستعارات ، وعلىٰ هذا إلىٰ اليوم أمرُ الشعراء والبلغاء في تكلفهم للتعريض[١] بمعان دقيقة لم يسبقوا إليها ، واستحسان[٢] أهل اللّسان ذلك منهم إذا أصابوا في الاستعارة.

علىٰ أن السماع موجود في مسألتنا ؛ لأن كتاب الله نطق بالهبة كناية عن طرق المتقدمين النّكاح ، وأنه نزل بلسان عربي مبين بل بأفصح[٣].

❁ فإن قيل: إنّ ملك الرقبة متىٰ ورد علىٰ ملك النّكاح أفسده ، فكيف يكون سبباً له ؟

❁ قلنا: إنّ ملك الرقبة لا يفسد ملك المتعة ؛ لأنها[٤] لا تحرم عليه إذا ملك امرأته ولكن في ملك الرقبة متىٰ ثبت حقيقةً إبطال مالكية المرأة ، وللمنكوحة ضرب ملك علىٰ الرجل من حيث الفعل[٥] دون الذات علىٰ ما مر ، وسنذكره من بعد فتبطل تلك الزوائد ويصير الرجل مالكاً محضاً والأمة مملوكة محضة ، ونحن لم نجعل الهبة كناية عن النّكاح إلا من حيث أنه سبب لملك المتعة إذا ثبت حقيقة ، ومن هذا الوجه لا يبطل بحقيقة ملك الرقبة ، فلم يكن بينهما منافاة من حيث نستعير اللفظ للفظ ، وعلىٰ هذا[٦] أجمع النّاس في جواز استعارة ألفاظ العتاق للطلاق ، لأنّ حقيقة العتاق سبب لحرمة ملك المتعة فكان سبباً له ، فصحت[٧] الاستعارة من حيث السببية.

---

[١] «ص» (للتعرض).
[٢] «ص» (واستجاز).
[٣] «ص» (فأفصح).
[٤] «ن» (فإنها).
[٥] «ص» (العقد).
[٦] «ن» (أن).
[٧] «ص» (فيجب).

|٦٠٧| **مسألةٌ**: ولهذا لم يستجز[١] علماؤنا ﷺ استعارة ألفاظ الطلاق للعتاق، خلافاً للشافعي(٢) ﷺ، فإنه جوز بتشاكل[٣] المعاني؛ فإن الطلاق ملازم من الإطلاق، وفي العتاق إطلاق عن قيد الرق وإبانة منه[٤]، وتخلية إياه عن وثاقه، وأبينا[٥] نحن لأنه لا اتصال بينهما من حيث السببية؛ فإن انقطاع ملك النّكاح قط لا يكون سبباً لانقطاع ملك الرقبة كملك المنفعة[٦] لا يكون سبباً لملك الرقبة، ولا اتصال أيضاً معنىً؛ لأن العتاق صفة من صفات الذات.

وكذلك الرق، فيقال: عتق الطير إذا قوي فطار عن وَكره، ورق الثوب إذا ضعف، وقد بيناه في كتاب العتاق، والطلاقُ والبينونة صفة من صفات الفعل، يقال: قيدت الرَّجل إذا منعته من استعمال قوته المعتادة للمشي، وأطلقته عن القيد[٧] إذا رفعتَ المانع عن استعمال القوة، لا أنك[٨] أعطيته قوة أو أذهبت عنه قوته.

وكذلك التخلية والإرسال، وكذلك البينونة والوصل بأن عنى[٩] فلان واتصل بي فلان عبارتان عن فعلين مختلفين منه.

---

[١] «ن»، «ص» (ولم يستجز).

(٢) انظر: «الحاوي الكبير» (١٠/١٦٥)، «الوجيز» (٨/٥١٧).

[٣] «أ» (تشاكل).

[٤] «ن»، «أ» (عنه).

[٥] «ص» (وأثبتنا).

[٦] «ن»، وحاشية «أ» (المتعة).

[٧] «ص» (العبد).

[٨] «أ» (لأنك).

[٩] «ن» (عين).

وإذا قلت "أعتقته": فمعناه أحدثتُ له قوة حكمية علقها الشرع بالحرية، فلا يعمل معها فيها أسباب الملك.

وإذا قلت: "استرققتُه"[١] كان معناه: أحدثتُ فيه عجزاً بإثبات صفة الرق حتى عجز عن دفع حكم الاستيلاء والقهر، وصار عرضة للتملك بأسباب الملك كالصيد، كما تقول: أمرضت الرجل إذا أحدثت في ذاته معنى ضعف به من حيث الحس، وشفيته إذا أزلته عنه وبدلته بالصحة حتى قوِيَ ذاته.

وإذا كان كذلك لم يكن أحدهما بمعنى صاحبه لعمل أحدهما في الذات والآخر في الفعل، وهما مختلفان محلاً وما يحل[٢] الفعل لا يسري إلى[٣] الذات بحال فيلغو إضافته في غير محله كما لم ينعقد البيع بالإجارة باختلاف[٤] المحلين؛ فإن محل الإجارة المنفعة ولا تتناول العين لا[٥] أصلاً ولا سراية إليه فلم تصلح[٦] كناية عنه.

وكما لا يكون الإمراض بمعنى التقييد وإن كان فيهما احتباس، ولا الشفا بمعنى الإطلاق، وهذا أيضاً لأنه لا تشاكل بين معنى الذات والفعل، فكذلك بين وصفيهما، ولا يلزم إذا قال: «اِعتدّي» ونوى به طلاقاً فإنه يصح لأن العدة لا تصير مجازاً عن الطلاق بل تثبت بنفسها وتقتضي شرطها[٧] كما قلنا في:

[١] «ص» كلمة غير واضحة.
[٢] «ن»، وحاشية «أ» (فمحل).
[٣] «ن» (لا يرى إلا).
[٤] «ن»، «ص»، «أ» (لاختلاف).
[٥] «ص» (بحال).
[٦] «ص» (يصح).
[٧] «ص» (يثبت بنفسه ويقتضي شرطه).

"أعتق عبدك عني على ألف درهم" ، فاعتبر الشافعي ﷺ في مسألة العتاق تشاكل المعاني بين ألفاظ الطلاق والعتاق من حيث الظاهر وتباين المعاني بين ألفاظ تمليك الرقاب والتزويج.

فإن التزويج للوصل على سبيل المساواة بين الزوجين، والتمليك لإثبات الملك[١] كله لأحدهما على الآخر بلا حظ للملوك في المالكية بوجه، وأنه وجه ظاهر صحيح على ما اعتبره.

إلا أنا جوزنا الاستعارة في باب النكاح لاتصال بينهما سبباً متى كان حكمُ النكاح وقوع ملك على المرأة قبل ملك فعل التمتع إن[٢] افترقت المعاني، وهو طريق كتشاكل المعاني، ولم نجوز في باب العتاق لانعدام السببية على ما قلنا، وافتراق المعاني من حيث الفعل والذات؛ فإن[٣] ما يوجب تغير[٤] صفة الفعل لا يصلح للذات بحال فما ذهبنا إليه أدق، وأحق، وذلك أظهر وأوضح.

والمقاييس الشرعية منها[٥] أحدثها المتكلمون[٦] الذين لا حظ لهم في معاني اللغة لا يمكن التكلم بها في هذه المسألة وأخواتها على ما مر لأول المسألة.

ووجه آخر: لنا قول الله تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ أَن تَبْتَغُواْ

---

[١] «س» (الزوج)، والمثبت من «ن»، «أ»، «ص».

[٢] «أ» (وإن).

[٣] «أ» (فأما).

[٤] «ص» (بغير).

[٥] «ن»، «أ»، «ص» (مما).

[٦] «ن»، «أ»، «ص» (المتأخرون).

بِأَمْوَالِكُم﴾ [النساء: ٢٤]، أباح الابتغاء بالمال من غير تعيين لفظ، ومعنى الابتغاء متحقق بهذه الألفاظ؛ لأنها سبب[١] لملك المنفعة[٢] في محله، والله أعلم.

|٦٠٨| مسألةٌ: إذا قال الرجل لامرأة[٣]: هذه أمي أو ابنتي، ويجوز أن تكون كذلك ولها نسب معروف أو ليس لها نسب معروف، وقال: غلطت أو أخطأت حل له أن يتزوجها.

وقال الشافعي(٤) ﷺ: لا يحل.

وإذا قال ذلك بعد العقد لم تحرم.

وقال الشافعي(٥) ﷺ: تحرم، وإن لم يكن لها نسب معروف ودام على قوله فرِّق بينهما عندنا.

احتج الشافعي ﷺ: بأن ملك النكاح أضعف من ملك اليمين، والولاد أنفى[٦] لهذا الملك منه لملك اليمين، ثم ملك اليمين يتبقى[٧] بهذه اللفظة في ملكه، وإن رجع وكان للمملوك نسب معروف فهذا أولى.

ولأنّ قوله: "هي ابنتي" بمنزلة قوله: هي حرام علي حرمة قاطعة لملك

---

[١] «ص» (سبيل).

[٢] «ص» (المتعة).

[٣] «ص» (لامرأته).

(٤) انظر: «الأم» (٥/٣٧)، «مختصر المزني» (٨/٣٣٥).

(٥) انظر: «الأم» (٥/٣٧)، «الحاوي الكبير» (١١/٤٠٦).

[٦] «ص» (وأبقى).

[٧] «أ»، «ص» (ينتفي)، «ن» (ينبغي).

النكاح، فإن البنتية[١] متى اعترضت على النكاح بسبب الرضاع رفعته كما ينافي ثبوته إذا كانت سابقة على العقد، فإذا كانت موجبة قطعاً بعد الملك لزمه موجبه، فإذا قاله[٢] بعد الملك رفعه[٣]، وإذا قال قبل الملك: منع ثبوته في حقه؛ لأن كلامه حجة عليه فيلزمه حكمه بسببه[٤].

ولعلمائنا رحمهم الله[٥]: أن منصوصه غير ثابت بنفسه إذا كان لها نسب معروف أو أنكرت فيصير كناية عن حكمه، ومقتضاه[٦] على ما بينا، ومقتضاه إنكار النكاح؛ فإن من تزوج بنته لم يكن بينهما نكاح، فالبنتية على الحقيقة[٧] توجب حرمة عن نكاح، والكلام لحقيقته، فإذا فسَّر وقال: "ابنتي برضاع بعد العقد" حرمت.

❁ فإن قيل: تصير كناية عن قوله: "هي حرام علي..".

❁ قلنا: أعن[٨] حرمة يملك الزوج إثباتها بملك النكاح أو لحرمة[٩] لا يملكها؟ فلا بد أن يقول: عن تحريم يملك الزوج إثباته لحق[١٠] الملك لينفذ منه ويلزمه بقوله فإن تحريماً غير مملوك له بحق الملك غير لازم ولا نافذ كما لو أخبر

---

[١] «ص» (البينة).
[٢] «أ» (قال).
[٣] «ن»، «ص» (رفعته) «أ» كالمثبت.
[٤] «أ»، «ن»، «ص» (بحسبه).
[٥] «ص» (ولنا).
[٦] «أ» (واقتضاه).
[٧] «ن»، وحاشية «أ» زيادة: (لا).
[٨] «ص» (على ما قلنا عن).
[٩] «أ» (حرمة).
[١٠] «أ»، «ن»، «ص» (بحق).

بحرمة في ملك الغير أو أخبر به رجل آخر فقال: "إنها ابنة هذا الزوج".

والتحريم المملوك للزوج بحق الملك تحريم بعد الملك من حيث قطع الملك لا من حيث إثبات حرمة مؤبدة فالحرمات[١] المؤبدة علقت بأسباب حكمية تثبت قبل ملك المالك غير مملوكة للرجل بملك النكاح، واللفظ الذي تكلم به لا يحتمل هذا الفراق[٢] الذي قلناه، ولا يكون سبباً له بحال، بل هو سبب لحرمة مؤبدة منافية للنكاح بحيث[٣] تثبت لا من حيث تملك، فإنا لو توهمناه صادقاً لم يكن بينهما نكاح من الأصل ولا تحل له بحال، وإذا لم يحتمله لم يصح كناية عنه فلغىٰ صريحه وكنايته جميعاً.

ألا ترىٰ أن الشافعي(٤) رحمه الله يلزمه حكمه قبل النكاح، وقبل النكاح خبره عنها غير لازم في حقها لأنه أجنبي[٥] عنها.

ألا ترىٰ أنه لو قال لعبد في يَدَيْ رجل أنه حر الأصل ثم اشتراه صح ولزمه الثمن لأنه أخبر بحرية عبد غير مملوك له فلم يثبت حكمه في حق العبد.

ولا يقال: إن الحرمة[٦] ثبتت في حقه؛ لأن الحرمة حكم الصفة التي أخبر بثبوتها للمرأة وللعبد لا يثبت هذا الحكم بدون تلك الصفة بحال، فلا يمكن إثباتها في حقه بدون تلك الصفة.

---

[١] «أ» (والحرمات).

[٢] «أ» (الفرق).

[٣] «أ»، «ن»، «ص» (من حيث).

(٤) انظر: «الأم» (٥/٣٧ ـ ٣٨)، «الحاوي الكبير» (١١/٤٠٦ ـ ٤٠٧).

[٥] «ن» (اختبر).

[٦] «ص» (الحرية).

وكلامه ليس بحجة في حق إثبات الصفة شرعا، فأشبه كلام الصبي ما لم يصر حجة، وهو أن يشتري العبد فيصير في ملكه فينفذ حينئذ حكمه لأن خبره تناول ملكه فيصير حرا، كما قال الشافعي ﷺ.

وفي مسألتنا هذه إذا أخبر أنها ابنته ثم تزوجها لم يلزمه حرمة بعد النّكاح، ولكن قال: إن النّكاح لا يجوز فكان تاركاً للقياس وجاعلاً قوله حجة في إثبات الصفة وهي أجنبية عنه، ثم على قولنا يجوز النّكاح ولا تحرم عليه بخلاف مسألة العبد، ولكن هذا فرق لا خلاف فيه بيننا وبينه، وإنما[١] هو من فروعنا بعد الخلاف لأنا نجعل الخبر السابق كالمنشأ للحال؛ لأنه قائم في حقه صحيحاً، ولو أنشأ فقال: إن هذا العبد الذي اشتريته حر الأصل عتق، ولو قال: إن هذه المرأة التي نكحتها محرمة على التأبيد لم تحرم عليه إذا قال: أوهمت أو غلطت لأن الحرمة التي أخبر عنها غير مملوكة[٢] له بملك النّكاح فلا يملك إثباتها بخبره بحق الملك، ويصير فيها بمنزلته قبل الملك وبمنزلة أجنبي أخبر[٣] عن هذه الحرمة، والحرمة[٤] التي أخبر عنها مملوكة له بملك اليمين، فإنه متى حرره بحق الملك كانت هذه الحرية للعبد في حكم حرية الأصل لا يفترقان بحال حكماً من حيث مضادة أحكام الرق؛ فإن جميع ما يملكه حر الأصل يملكه المعتق وإنما يفترقان في الولاء، والولاء كالنسب وليس من خصائص أحكام الحرية كالنسب، فكما يجوز أن يكون حراً بلا نسب فكذلك يجوز أن يكون عتيقاً بلا ولاء.

---

[١] «أ» (إنما).

[٢] «ن» (مملوك).

[٣] «أ» (أخر).

[٤] «أ» (الحرية).

فأمّا حرمة[١] الطلاق فمفارقة حرمة النّسب في باب النّكاح فيما يتعلق بالحرمة من حيث مضادة حكم الحل، فحرمة الطلاق لا تنافي أسباب الاستحلال أصلاً وأبداً، وحرمة النسب تنافيها وهي مع حرمة الطلاق تعد[٢] من المحللات شرعاً في كتاب الله تعالىٰ، وكذلك قوله: هذه ابنتي فهذه الكلمة في ملك اليمين لا تنافي سبب الملك له؛ فإنه يشتري ابنته فيصح ولكنها توجب عتقاً في الملك.

فجعلنا هذه اللفظة إذا لم يثبت صريحه كناية عن حكمه وهو الخبر عن عتقها بعد الملك، فيصح لأنه مملوك له ذلك علىٰ ما بيناه[٣].

وفي ملك النّكاح هذا اللفظ لا يوجب حرمة في الملك، ولكن يبقىٰ[٤] النّكاح أصلاً فيصير كناية عن قوله: لا نكاح بيننا من الأصل، وهذه اللفظة لو صرح بها لم توجب حرمة بنفسها حتىٰ إن المرأة إذا أقامت البينة ثبت النّكاح، وكذلك إن رجع الزوج عن الإنكار أو ظهر كذبه عند القاضي بدليل، لكن[٥] إن عجزت المرأة عن البينة ودام الزوج علىٰ الإنكار وحلف علىٰ قول من يرىٰ اليمين فرق بينهما حتىٰ لا تبقىٰ معلقة، فكذلك إذا قال: "بنتي" وهي إخبار عن إنكار النكاح.

|٦٠٩| **مسألةٌ**: ولهذا قال أبو حنيفة ﷺ فيمن قال لعبده: "هذا ولدي": إنه يعتق عليه وإن كان مثله لا يولد لمثله، لأنا نجعله كناية عن حكمه وهو الخبر عن

[١] «ص» (حرية).
[٢] «ص» (بعد).
[٣] «ن»، «ص» (قلناه).
[٤] «أ» (وهي تنفي).
[٥] «أ» (ولكن).

عتقه من حين ملكه.

[٦١٠] مسألةٌ: قال علماؤنا رحمهم الله: النكاح ينعقد بالواحد إذا كان ولياً من الجانبين أو وكيلاً.

وقال الشافعي رحمه الله(١): لا ينعقد لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: **«كل نكاح لم يحضره أربعة فهو سفاح خاطبٌ وولي وشاهدا عدل»**(٢)، وعن النبي صلى الله عليه وسلم: **«لا يزوج الولي وليته من نفسه حتى يكون المزوج غيره، ولا يشتري الوالي[٣] من المغنم ولا الوصي من الميراث»**(٤).

ولأنّ الأصل في عقد المعاوضة أنه لا يتم إلا باثنين، ويبنى[٥] التصرف في كل واحد من العوضين[٦] كالبيع ببائع ومشتر[٧]، والنّكاح برجل وامرأة، والكتابة مولى وعبد. وكذلك التمليكات بمملك ومتملك؛ إذ لا ولاية للغير على الغير تمليكاً إياه وتملكاً عليه، وعقد النّكاح عقد تمليك وتملك ومعاوضة فيكون تمامه باثنين، فلم يجز أن يقوم الواحد مقام الاثنين لما أن هذا[٨] عقد بني على الشهرة والنظر صيانة لهذا الملك وإعظاماً لخطره حتى لم يجز إلا بشاهدين بخلاف سائر العقود.

---

(١) «مختصر المزني» (٨/٢٦٦)، و«الحاوي الكبير» (٩/١٢٩).

(٢) سبق تخريجه.

[٣] «ص» (الولي).

(٤) لم أقف عليه.

[٥] «س»، «أ»، «ن» (ولي)، والمثبت من «ص».

[٦] «س» (العوض)، والمثبت من «أ»، «ن»، «ص».

[٧] «ص» (يباع ويشترى).

[٨] «ص» (لما أنه).

وكذلك بولي، وفي قيام الواحد مقام الاثنين ذهاب شطر من الاشتهار و[١] الصيانة لأن العاقد يسامح[٢] مع نفسه ولا ينظر للآخر حسب ما لو كان مكانه غيره؛ بخلاف البيع فإنه لم يبن على الشهرة ولا على النظر فجاز أن يقوم الواحد[٣] مقام الاثنين إذا صار بمعنى الاثنين، ولأنّا أجمعنا أن الشاهد لا يجوز أن يكون عاقداً، ولا العاقد شاهداً وإن عقد وشهد لفوات شطر من الشهرة والنظر بالتداخل، فلَأن لا يجوز أن يكون الخاطب قابلاً[٤] أو القابل[٥] خاطباً أولى [وأحرى][٦]؛ لأن الشاهد دون العاقد في الجملة لأنه شرط وهذا ركن.

وأما أصحابنا فإنه يحتج لهم بقول الله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم﴾ [النساء: ٣]. وقد مر فيما مضى أن في الآية إشارة إلى جواز إنكاح [الولي][٧] اليتيمة من نفسه، وروينا أن النبي ﷺ زوج بنت عمه حمزة من عمر بن أم سلمة[٨]، وكانا صغيرين، فكان[٩] عقداً بالواحد(١٠).

وعن النبي ﷺ أنه أعتق صفية وتزوجها وجعل عتقها صداقها(١١)، ولم

---

[١] «ن» زيادة: (من).
[٢] «أ»، «ن» (يسامع).
[٣] «ن»، «ص»، «أ» زيادة: (فيه).
[٤] «ن»، «ص» (قائلا).
[٥] «ن»، «ص» (القائل).
[٦] ما بين [ ] ليس في «ن»، «ص».
[٧] ما بين [ ] ليس في «ص».
[٨] «ص» (أبي سلمة).
[٩] «ص» (فكانا).
(١٠) سبق تخريجه.
(١١) سبق تخريجه.

ينقل في الحديث أنها قبلت.

وروي أن رجلاً وامرأة أتيا رسول الله ﷺ للنكاح فقال رسول الله للرجل: «أتريد أن أزوجكها[١] ؟» فقال: نعم، ثم قال للمرأة: «أتريدين أن أزوجك إياه ؟» فقالت: نعم، فقال ﷺ: «زوجتكها[٢]»(٣). ولم يرو أكثر من هذا.

وروينا عن علي رضي الله عنه أن رجلاً زوج بنت عمه من نفسه وهي صغيرة فأجازه علي رضي الله عنه(٤)، وعن عروة بن الزبير أنه زوج ابن أخ له صغيرا بنت أخ له صغيرة(٥).

وأما حديث ابن عباس[٦] فهو على ما قاله في الأصل، وإنما الخلاف في أن الواحد إذا اجتمع فيه صفتا الاثنين، هل يقوم[٧] مقامهما بدليله وليس في الحديث نفيه.

هذا كما أن الله تعالى جعل للزوج النصف وللعصبة ما بقي، فإذا كان الوارث زوجاً وهو ابن عم قام مقام الرجلين. وأما النهي فدليلنا[٨] لأن النهي عن الشيء دليل على تصوره من المخاطب إذا لم ينته على ما عرف في موضعه.

وعلى أن المراد به عندنا الانتهاء[٩] لنفي التهمة عن نفسه بدليل ما قلناه

---

[١] «ن»، «ص» (أزوجها إياك)، وفي حاشية «أ» (أزوجها لك).

[٢] «ص» (زوجتكما).

(٣) سبق تخريجه.

(٤) سبق تخريجه.

(٥) سبق تخريجه.

[٦] «ص» (عليٍّ).

[٧] «أ» (فليقوم).

[٨] «ص» (فقد قلنا).

[٩] «أ» (الإنهاء).

كما في الوصي والوالي، والنهي متىٰ كان لمعنىٰ في غير الفعل المنهي عنه لم يدل علىٰ الفساد.

والمعنىٰ في المسألة: أن العاقد في باب النكاح معبر بدلالة[١] أنه لا يثبت له شيء من أحكام العقد لا الملك المطلوب به ولا حقوقه من المطالبات بالتسليم والتسلم، فيثبت للواحد ولاية العبارة عن العاقدين جميعاً كما قالوا جميعاً في الأب يشتري من مال ولده الصغير: إنه جائز لأن العاقد الوكيل في باب الشراء عندك معبر وكذلك عندي الأب في هذه الحالة[٢]؛ حتىٰ إن الصبي لو بلغ كانت الحقوق له وعليه؛ كأن الأب أذن له في الشراء ثم اشترىٰ منه، وكذلك البيع ينعقد برسول واحد من الجانبين لأنه معبر[٣]، وهذا لأن العاقد[٤] إنما لم يملك شطري العقد لما فيه من التضاد؛ تمليك وتملك واستيجاب[٥] وإيجاب، ومتىٰ صار معبراً صار حاكياً عن الغير[٦] فلم يثبت عليه التناقض؛ لأن الحكاية تنصرف إلىٰ من حُكي عنه.

ألا ترىٰ أن الله تعالىٰ حكىٰ تناقض الكفرة في أقوالهم عنهم، وكذلك الرسول كمن يصلح[٧] بين المتنازعين يعبر عنهما كلاماً متناقضاً ويكون مقبولاً منه ذلك لقيامه مقامهما في العبارة عنهما بخلاف الوكيل بالبيع لا يصلح وكيلاً

[١] «ص» (بغير دليل).
[٢] «ص» زيادة: (معبر).
[٣] «ص» (معتبر).
[٤] «ص» (الوكيل).
[٥] «ص» (استحباب).
[٦] «ص» (خاليا عن العقد).
[٧] «ن» (في الصلح)، وفي حاشية «أ» (في الصلح عن).

من الجانبين عندنا لأنه عاقد، والحقوق تجب له وعليه، فيصير متناقضاً[١] لما اقتصر[٢] عليه العقد في حق الحقوق، وإنما هو نائب[٣] في حق الملك.

❁ فإن قيل: الكتابة لا تنعقد بالوكيل الواحد، والحقوق لا تجب للوكيل وعليه بالإجماع كما في النّكاح.

❁ قلنا: روىٰ ابن سماعة: أنها تنعقد بالواحد(٤)، ثم الجواب: أن الوكيل في اختيار تسمية بدل الكتابة مالك يسمي ما شاء.

وكذلك إن بين له مَلك الزيادة عليه في حق المولىٰ والنقصانَ في حق العبد بخلاف الرسول فلا يملك إلا أن يؤدي ما حمل من الرسالة، ولما صار مالكاً في حق اختيار التسمية لم يستقم إثبات ولاية الاختيار علىٰ التناقض.

فأما النّكاح فيصح بلا تسمية، فبطلان ولاية التسمية بمعنىٰ التناقض لا تبطل ولاية الإنكاح؛ إذ هذا لا يكون أكثر من ترك التسمية رأساً[٥].

ولا يلزم علىٰ هذا: الأب يشتري من مال ولده الصغير بنفسه ولا يصح إلا بتسمية؛ لأنه يجوز علىٰ طريق أنه أذن لابنه ثم اشترىٰ منه فلا يبقىٰ له علىٰ هذا الطريق جهة الملك في حق شطر الابن.

فأما الوكيل في باب الكتابة[٦] فلا يملك جعل نفسه نائباً عن غيره في قدر

---

[١] «أ» «ص» (مناقضا).

[٢] «ص» (اقتضىٰ).

[٣] «ن»، وحاشية «أ» (ثابت).

(٤) انظر: المبسوط (٥/١٥ ـ ١٨).

[٥] «ص» (أصلا).

[٦] «ن»، وحاشية «أ» (الوكالة).

ما تصور مالكاً فيثبت عليه معنى التناقض.

فأما الجواب عن معناه الأول: فإن إثبات الولاية للواحد لا يفيت معنى الاحتياط والنظر.

أما الاحتياط من حيث الصيانة عند المنازعة فلا يقع بالعاقدين، وإنما يقع بالشهود، وأما النظر فغير فائت[١] إذا كان وكيلاً من الجانبين، وتولى العقد برأيهما واتفاقهما؛ كما قلتم في الأخ: إنه لا يكون ولياً للصغيرة لقصور شفقته، وإذا بلغت كان وليها[٢] لزوال هذا المعنى برأيها ونظرها لنفسها.

وكذلك الولي[٣] من الجانبين حال الصغر عندنا فلا ينعزل بمعنى عدم[٤] النظر على ما ذكرنا في الأخ أنه ولي أخته الصغيرة، وإن كان قاصر الشفقة[٥] بخلاف المال، فإن النظر الذي يحصل منه إذا وليَ شطراً واحداً يحصل إذا ولي الشطرين حتى إذا أراد أن يزوج من نفسه لم يستحب له ذلك لمعنى التهمة في حق نفسه، وجوزنا للمعنى الذي قلناه: فيما مضى: إذا[٦] زوج مِن غيره.

وأما الاعتبار بالشاهد لا يكون عاقداً فغير قوي لأن الشاهد من يشهد على فعل الغير، فلا يتصور شاهداً على فعل نفسه، فقياسه من هذا: أن لو لم يتصور ولياً من الجانبين ومعبراً عنهما.

---

[١] «ص» (ثابت).

[٢] «ص» (رأيها)

[٣] «ص» (المحل).

[٤] «ص» (لعدم).

[٥] «ص» (لشفقته).

[٦] «ص» (إنما).

وقياس مسألتنا هذه من الشاهد: أن لو تصور العاقدُ شاهداً لمعنىٰ انتقال الفعل عنه إلىٰ غيره بواحدة[١] علىٰ ما قاله علماؤنا في الجامع الصغير: في رجل أمر رجلاً أن يزوج ابنته، وهناك رجل آخر فزوج والأب حاضر؛ أيجوز شهادة[٢] المزوِّج[٣] علىٰ النكاح؟ قال: نعم؛ لأن الأب إذا حضر انتقلت العبارة عن المباشر إلىٰ الأب بواحدة بخلاف ما إذا كان الأب غائباً، فإنا متىٰ نقلنا العبارة بواحدة فسد العقد؛ لأنه يصير خطاباً مع غائب عن المجلس فلا يصح، والله أعلم.

[٦١١] مسألةٌ: فضولي زوج رجلاً امرأة أو زوجها نفسه بشهود: لم يَتوقف.

وقال أبو يوسف ﷺ: في قوله الآخر يتوقف.

لأن قوله: زوجت فلانة فلاناً عقد تام متىٰ كان عن إذن منهما علىٰ ما مر[٤]، فإذا لم يكن عن إذن توقف كما إذا وجد عن اثنين، وهذا لأن كل تصرف لو صدر عن ولاية نفذ، فإذا صدر عن غير ولاية وله مجيز توقف علىٰ أصول علمائنا، وتبين بالنفاذ إذا كان عن ولاية أن قول الواحد: عقد تام[٥] وليس بشطر[٦]، وهذا بخلاف ما إذا حضر المتعاقدان، فأوجب أحدهما ولم يقبل الآخر حتىٰ تفرقا

[١] «ص» (غير بواحد).
[٢] «أ» (شاهده).
[٣] «ص» (الزوج).
[٤] «ص» (إذن بينهما علىٰ ما عرف).
[٥] «ص» (حجة تامة).
[٦] «ن» (ينتظر).

بطل الإيجاب ولو كان عقداً تاماً لبقي وراء المجلس.

كما لو قبل عن الآخر رجل أجنبي ثم تفرقا؛ لأن كلام الواحد إنما يكون عقداً تاماً إذا قام مقام العاقدين عبارة عنهما، وإنما يقوم أحدهما مقام الآخر عند غيبة الآخر وتوكيله[١]، فأما إذا حضر بنفسه للعبارة بنفسه فالآخر لا يقوم مقامه فيصير شطرَ العقد بدلالة الحال.

ولنا: أن قول الفضولي: "زوجت فلانة فلاناً" أو "تزوجت فلانة" شطر العقد فلا يتوقف على الإجازة، كما إذا حضر الآخر، وكما في باب البيع. وهذا لأن شطر العقد ليس بعقد، فكيف يتوقف على الجواز بالإجازة ولا جواز له بحال، وإنما يتوقف على التمام بالجواب.

والجواب إنما يصح من حاضر في المجلس ما بقي في المجلس، والدليل على أنه[٢] شطر العقد أنه شطر إذا حضر الآخر، وصفة[٣] الكلام لا تتبدل بحضرة الآخر وغيبته؛ ولأنّه عقد معاوضة يحتاج إلى الإيجاب من الجانبين كما في البيع، وكما[٤] قاله الشافعي في المسألة الأولى إلا أنه عند الولاية يقوم مقامهما في العبارة عنهما على ما مر، فيكون[٥] كلامه كلامهما فيصير عقداً تاماً، فإذا عدمت الولاية لم يقم مقامهما فيكون كلامه شطراً، كما قال أبو يوسف: فيما إذا حضر الآخر.

---

[١] «ص» (أو وكيله).

[٢] «أ» (أن).

[٣] «ص» (وصيغة).

[٤] «ن»، وحاشية «أ» (ولما).

[٥] «ص» (ليكون).

والدليل عليه: أنه إنما يستقيم عاقداً إذا صار معبراً عنهما ولا يمكنه ذلك إلا بولايته عليهما، فنقل عبارة الغير بعبارته ضرب من التصرف عليه.

ألا ترىٰ أنه في باب الكتابة لم يستقم الواحد معبراً عنهما لما فيه له من ملك اختيار التسمية علىٰ ما بينا في المسألة الأولىٰ؛ فلم يصر معبراً[1] في ذلك فلم يصح، فهذا الذي عبر عن العقد بولاية نفسه وبصحة كلامه وهو أمر مملوك له، فلأن لا يصح تملك[2] الشطرين أولىٰ وأحرىٰ، ولما اقتصرتْ عليه صار النكاح والبيع والكتابة سواء.

دل عليه: ما قالوا في فضولي زوج رجلاً امرأة ثم زوجه أختها: إن الأول لا يبطل، ولو انتقلت العبارة عنه إلىٰ الزوج لبطل كما لو زوجه بإذنه.

❁ فإن قيل: هذا يبطل برجل طلق امرأته علىٰ ألف؛ فإنه يتوقف علىٰ إجازتها، والطلاق بمالٍ عقدُ معاوضة وتوقف بالواحد.

❁ قلنا: ما توقف، والمرأة إذا قالت: أجزت ما قال الزوج[3] لم يكن طلاقاً بمالٍ وإنما تعلق الوقوع بقبولها؛ لأن الطلاق بمال فيه تعليق الطلاق بالقبول كما لو طلقها علىٰ خمر لا يقع إلا بقبول، ومتىٰ قبلت وقع بغير شيء رجعياً وتعليق الطلاق بقبولها كتعليق الطلاق بمشيَّتها أو بشرط آخر فيكون يميناً، واليمين عقد فرد لا عقد معاوضة يتم بالحالف وحده، إلا أنها إذا كانت حاضرة فلم تقبل حتىٰ قامت بطل اليمين لا لعدم[4] الجواب ولكن لفوات شرط الحنث؛ لأن شرط

[1] «ص» (معتبرا).

[2] «ص» (ملك).

[3] «ن» (الرجل).

[4] «ص» (لانعدام).

الحنث اختيارها ذلك وقبولها، والطلاق متى علق بمشيئة المرأة أو اختيارها كان مقصوراً على مجلس علمها كما لو قال لها: "أنت طالق إن شئت". ألا ترى أنها إذا كانت غائبة وبلغها الخبر فلم ترض حتى قامت بطلت اليمين، ولو كان عقداً تاماً معاوضة لم يبطل بالقيام عن مجلس العلم من غير جواب كالبيع الموقوف والخلع مع الأجنبي[١] قبل الخلع على مالها حتى صار عقداً تاما في حق المال عليها؛ فإنه لا يبطل بقيامها عن المجلس من غير جواب، فالقيام عن المجلس بلا جواب ليس بدلالة الرد؛ فإن الإنسان قد يسكت عن الجواب من غير رده لالتباس[٢] وجه الصواب عليه فلا يثبت به رد ولكنه نقض[٣] للمجلس فيبطل به ما توقف صحته على المجلس وهو جواب الخطاب المتعلق تمامه بالجواب لا غير، والله أعلم.

[٦١٢] مسألةٌ: ولهذا قال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله: إن الكفالة لا تصح لغائب ما لم يقبل عنه حاضر، لأن فيها تمليك مطالبة بالمضمون للمكفول له، فكان عقدَ تمليك كالهبة[٤]، فيكون كلام المملك شطر العقد لأن تمامه بالتملك، وإنه يفتقر إلى جواب المتملك في الأصل لعدم ولاية الغير عليه، والله أعلم.

---

[١] «أ» (أجنبي).

[٢] «ص» (لا لتباين).

[٣] «ن»، وحاشية «أ» (يقضي)

[٤] «ن»، وحاشية «أ» (الهبة)، «ص» زيادة: (خلاف).

القول في حكم النّكاح

لا خلاف أن النّكاح عقد تمليك من الجانبين، وقد أطلق الناس ملك النّكاح وملك اليمين؛ ولأنّ الزوج يعتاض عنه من الملك في المرأة مالاً، والاعتياض مالاً مملوكاً لا يصح عن الإباحة[١]، وإنما يجوز عن ملك إما تمليكاً وإما إسقاطاً عمن عليه كالدين والقصاص، وكذلك النبي ﷺ سمّاه رقًّا[٢]، والإباحات تثبت حيث لا رق في الأموال، وإنما الملك في الآدمي يبتنىٰ علىٰ الرق.

وأجمعوا أن المملوك بالنّكاح ما يقابله المهر؛ لأنه عقد تمليك علىٰ سبيل المعاوضة كالبيع.

وأجمعوا علىٰ أن الملك الذي يقابل[٣] المهر ليس بمال؛ نص عليه محمد بن الحسن رحمه الله في غير موضع علىٰ أنه ليس بمال، ولذلك[٤] لم يضمن الشاهدان علىٰ الفرقة إذا رجعا، وكذلك يثبت الحيوان دينا بدلاً عنه، وعندنا لا يثبت الحيوان ديناً بدلاً عما هو مال.

وقال الشّافعي(٥) رحمه الله: لا تقبل عليه شهادة النّساء لأنّه ليس بمال فأشبه الحدود.

---

[١] «ص» (إلا بأجر).

[٢] «ص» (رزقا).

[٣] «ص» (يقابله).

[٤] «ص» (وكذلك).

(٥) انظر: «الأم» للشافعي (٥١/٧)، «الحاوي الكبير» (٦/١٧).

وأجمعوا علىٰ أن المملوك بالنّكاح ما يصير مقبوضاً بالوطء ومتلَفاً[١] به حتىٰ[٢] غرم الواطئ إذا لم يكن عن ملك.

وأجمعوا علىٰ أن الوطء الذي يكون منه الولد مملوك للزوجين ثمرة من ثمرات الملك علىٰ الاشتراك.

أمّا ثمرة: فلأن المهر يجب بلا وطء بالموت ونصفه بالطلاق، ولكنه ثمرة[٣] كالوطء بملك اليمين علىٰ الاشتراك حتىٰ ملكت المرأة مطالبته بالجماع كما ملك الرجل، ولا يملك الرجل العزل بدون رضاها، ويجب العدل في القسم لحقها[٤] بخلاف الإماء.

ولأنّ الله تعالىٰ خلق شهوة الفرج لتقضىٰ فيكون منه الولد فيبقىٰ العالم إلىٰ حين البقاء علىٰ ما مر[٥]، وإذا صار الاقتضاء لكل نفس حقاً طبعاً وشرعاً، ولا طريق إليه علىٰ ما عليه الإنس من الحرية إلا النّكاح علم أن الاستيفاء بهذا حق الرجل والمرأة جميعاً، ولذلك سمي تزويجاً ونكاحاً؛ لأن هذا الغرض حق لهما ولا يحصل إلا بالازدواج، والازدواج شخصاً في الشرع ثمرة حكم العقد لا أصله؛ لأن أصله ملك علىٰ المرأة للرجل ولا ازدواج بين المالك والمملوك؛ فإنه مبني علىٰ المساواة كزوجي خف، ولا مساواة بين المالك والمملوك. فثبت أن الازدواج شخصاً ثمرة الملك من الجانبين علىٰ المساواة، والازدواج حكماً

---

[١] «ن» (مبلغا).

[٢] «ص» (حين).

[٣] في حاشية «أ» (ودل أنه ثمرة).

[٤] «ص»، «أ» (بحقها).

[٥] «ن»، وحاشية «أ» (ما قدر الله).

من حيث[١] الملك حتى[٢] ثبت ملك[٣] عليها للرجل بمال[٤] ملكته[٥] على الرجل.

وأجمعوا أن المهر لا يقابل الفعل لأنه يجب مع فواته وقبل وجوده، ولأنّهما اشتركا في فعل الاقتضاء ملكاً، والزوج اختص بغرامة المهر فعلم أن المهر[٦] بإزاء ملك اختص به الرجل عليها؛ ولأنّ الفعل مملوك لكل حر بحريته إلا أنه ربما يحجر عن تحصيله في محل لكونه محترماً لغيره ليصان بالحجر تلك الحرمة، وطريق الإباحة في مثله زوال الحجر، والحجر إنما يزول بإباحة من له الحق أو بملك الفاعل المحلَّ لتصير الحرمة له أو بسقوط[٧] الحرمة شرعاً بجناية يرتكبها العبد نحو الزنا والسرقة والردة، ولم يوجد في مسألتنا السقوط بجناية، فالنّكاح سنة، وإنه مما لا يستباح بإباحة الملك، فعلم ضرورة أن الحجر إنما زال بملك للفاعل ثبت في محل الفعل، كالأكل في مال اشتريته.

وفيه دليل أن لا ملك للمرأة، لأنهما وإن اشتركا في اقتضاء الشهوة، فالفعل للرجل بدليل أنه إذا كان في غير ملك بشبهة غرم الرجل دون المرأة، والملك شرط لحل الفعل، وهذا لأن الله تعالى جعل الوطء[٨] سبباً لبقاء العالم فلم يبح

---

[١] «ص» (في جنب).

[٢] «أ»، «ص» (متى)، وفي «ن» زيادة: (بين ملك). وفي حاشية «أ» (حتى).

[٣] «أ» (ملك ثبت).

[٤] «ن» (ومال).

[٥] «ص» (حال ملكيته).

[٦] «ص» (فثبت المهر).

[٧] «ن» (سقوط).

[٨] «ص» (النكاح).

إلا بأعلى سببي[١] الإباحة وهو الملك وأصونها عن الخلط؛ فإن المرأة متى صارت مملوكة حجرت عن البذل لغير الزوج حكماً فلا يشتبه الأنساب[٢] بالعمل على موجب الشرع وتصير محبوسة عند الزوج بحق الملك عليها فتصير مصونة حساً، ومتى كانت تستباح بإباحة ملكت أن تبيح لجماعة فتشتبه[٣] الأنساب[٤] وملكت أن تخرج فتفوت صيانة الحبس[٥]، وكذلك لو استباحت بكونها مالكة لا تشتبه فإنها تتزوج بعدة رجال، وتشتري عدة عبيد فلم تثبت الإباحة إلا بملك يقع عليها للزوج على الخصوص بمال على الرجل على الخصوص، ولهذا يختص الرجل بملك الطلاق والظهار والإيلاء وأحكام تبتنى على الملك من نحو حبسها[٦] حيث هو، والتزام النفقة لها كما يكون بحق ملك اليمين، ويدوم مطالبة الرجل المرأة بالجماع بحكم الملك؛ لأنه دائم، والمرأة لا تملك على الدوام لأنه لا ملك لها في بضع الزوج، وإنما تملك مرة لما مرّ في فصل العُنَّة، وكذلك الإباحة تثبت بملك اليمين للرجل ولا ملك للأمة[٧]، والحرة وإن ملكت عبداً لم تحلّ له لأنها مالكة، والشّرط أن تكون مملوكة.

[٦١٣] مسألةٌ: واختلفوا أنّ هذا الملك في حكم ملك العين أو المنفعة بعد إجماعهم على أن جميع منافعها التي تقبل ذكرها لها، وكذلك جميع أجزاء

[١] «ن» (مسببي).
[٢] «ن» (الأسباب).
[٣] «ص» (فيه شبيه).
[٤] «ن» (الأسباب).
[٥] «أ»، «ن» (الحس).
[٦] «ص» (جنسها).
[٧] «ص» (إلا مرة).

العين لها.

قال أصحابنا رحمهم الله: حكم هذا الملك حكم الأعيان، والضمان[١] الذي يجب بملكه[٢] في حكم الثمن، والذي يجب بإتلافه عن[٣] غير ملك بالوطء عن شبهة هو في حكم أرش الجناية على النفس.

وقال الشافعي(٤) رحمه الله: على ما تدل عليه مسائله أنه في حكم[٥] المنفعة، وبدله في حكم بدل المنفعة.

واحتج بقول الله تعالى: ﴿ٱلَّٰتِيٓ ءَاتَيۡتَ أُجُورَهُنَّ﴾ [الأحزاب: ٥٠]، أي: مهورهن، وقال: ﴿فَمَا ٱسۡتَمۡتَعۡتُم بِهِۦ مِنۡهُنَّ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [النساء: ٢٤]، أي مهورهن؛ ولأنّه علق الوجوب بالاستمتاع، وهو الانتفاع.

وأمّا الفقه، فلأن المملوك بالنّكاح ما يستوفى بالوطء بيقين؛ ولأنّ الخلاف ثابت في العقد[٦] الذي يجب بدلاً عن المستوفى بالوطء بغير حق أنه في حكم الأجرة أو الأرش، ولا إشكال أن المستوفى بالوطء منفعة ذلك العضو، بدليل أن العضو بجميع أجزائه باق، وإنه مماسة بمنزلة غمز[٧] الرِّجل ونحوه، ولأنّ الوطء يسمى تمتعاً، والتمتع والانتفاع واحد، والانتفاع اسم لاستيفاء المنفعة،

[١] «ص» (والعيان).
[٢] «ن»، «ص» (تملكه).
[٣] «أ» (من).
(٤) انظر: «الأم» للشافعي (٥/٦٣ ـ ٦٤).
[٥] «ص» زيادة: (ملك).
[٦] «ن»، «ص» (العقر).
[٧] «ص» (عمر).

ولهذا كانت المتعة[١] مؤقتة مشروعة في أول الإسلام.

والتوقيت لا يليق إلا بالمنافع إلا أنه منفعة لا تحصل إلا باجتماع[٢] الشخصين، فسمي تزويجاً إلا أن الشرع أبطل حكم المالية عن هذه المنفعة حتى لا تستباح بالإباحة ولا تتداولها الأيدي بملك واحد تمليكا بعد تمليك بكره منها، فتفوت ثمرات النكاح من الازدواج على سبيل الشركة والكفاءة.

وكذلك شرع مؤبداً؛ فإن القلوب لا تسكن مع التوقيت، والمرأة خلقت سكناً ففارق المنفعة بهذين الحكمين بياناً لعظم خطر هذا الملك.

[٦١٤] **مسألةٌ**: ولهذا قلنا: إن إضافة الطلاق إلى الرجل صحيح؛ لأن ملك الازدواج مشترك[٣] بينهما تبعاً لملك الأصل الذي يختص به الرجل.

وعندنا يجوز إضافة الطلاق إلى ما ملك تبعاً في هذا الباب كالإضافة إلى الإصبع والشعر ونحوهما[٤]؛ لأنهما[٥] مما لا يتجزأ فيصير ذكر بعضه ذكراً للكل.

وأمّا علماؤنا فإنه يحتج لهم من أوجه:

أحدها: بالظاهر؛ قال النبي ﷺ: «النّكاح رق»(٦)، وأنه صفة للعين، ولأنّ

---

[١] «ص» (المنفعة).

[٢] «أ» (بإجماع).

[٣] «ن» (مشتركا).

[٤] «ن» (ونحوها).

[٥] «أ»، «ن»، «ص» (لأنه).

(٦) سبق تخريجه.

المرأة إنما صارت محلاً لهذا الملك[١] شرعاً بكونها محللة ، وإنها[٢] متىٰ صارت محرمة لم تملك بالعقد ، ولا بقي الملك إذا طرت الحرمة ، ومحللة[٣] صفة لذاتها لا لمنافعها ؛ لأن الوصف أضيف إليها في كتاب الله تعالىٰ ، فالملك بهذا الوصف[٤] يحل الذات أيضاً . ألا ترىٰ أن الأعيان الأخر لما قبلت الملك بصفة أنها مال ، وأنه صفة للعين ، وقع الملك بناء علىٰ هذا الوصف علىٰ العين .

وكذلك الذبائح منها محللات كذبائح المسلمين ، ومنها محرمات كذبائح المجوس ، وبهذا الوصف تقبل الملك بالتصرف ، وأنه صفة للعين فثبت الملك بناء عليه علىٰ العين .

❁ **فإن قيل:** المنفعة توصف بالحل والحرمة .

❁ **قلنا:** نعم ، ولكن الله تعالىٰ أضاف إلىٰ العين دون المنفعة ، ولأنّ الإحلال كرامة لتتوصل بها المرأة إلىٰ اقتضاء الشهوة ، والتحريم أيضاً كرامة صيانة عن الاستذلال بالاستفراش[٥] في بعض المواضع ، وهاتان الكرامتان تكونان لذاتها لا منافع ذاتها . ألا ترىٰ أنه يجوز للكافر أن يستخدم المسلم والمسلمة بإجارة وإعانة ؛ لأنه يستوفي منفعة ويملكها لا غير .

ولا يجوز أن ينكح المسلمة ولا يطأها ؛ لأنه يرجع إلىٰ ملك العين ابتداء فيشبه[٦] الاسترقاق والاستخدام بملك الرقبة .

---

[١] «ص» (المال) .
[٢] «ن» (وإنه) .
[٣] «ص» (ومحرمة) .
[٤] «ص» (الوجه) .
[٥] «ص» (بالافتراش) .
[٦] «ص» (فيه شبهة) .

❁ فإن قيل: الحل والحرمة في الحقيقة صفتا فعل لا صفتا محل الفعل.

❁ قلنا: ولكن متى ثبت الحل[١] لمعنى في العين أضيف إليه لأنه سبيله[٢] كما يقال: جرى النهر لأنه سبيل[٣] الجريان، وطريق يجري فيه كما قيل: حرُمت الميتة لأنها حرمت[٤] لمعنى فيها، ولا يقال: حرِّمت شاة الغير، لأن الحرمة هناك لاحترام المالك.

والوجه الثاني: من حيث الأحكام، أن النّكاح يرد على المرأة لوجود عينها دون منفعة الوطء كالرضيعة، والعقد المرسل يقتضي معقوداً عليه يوجب حكمه فيه الحال[٥].

ولا يصح على ما سيوجد إلا بإضافة أو تعليق بالشرط، والنّكاح على هذا الوجه لا يجوز، فلما صح ولا منفعة وطء علم أن المملوك ما يرجع إلى العين القائمة، والانتفاع بالوطء ثمرة وقبض.

ألا ترى أن إجارة دار خربة مدة طويلة يُعمَر فيها لا يجوز، والدليل على عدم منفعة وطء الرضيعة أن منفعة الوطء اقتضاء شهوة، وما للرضيعين شهوة ولا بضع الرضيعة بمشتهًى خلقة على ما مر البيان فيه، وأنه أمر يعرفه كل عامي.

ولأنّ العقد وإن ورد على من يشتهى فالانتفاع[٦] بالوطء، وقد ذكرنا أنه

---

[١] «ن»، «ص» زيادة: (أو الحرمة)، زاد في «أ» (والحرمة).

[٢] «أ»، «ن»، «ص» (سببه)، وفي «ص» (سبيله).

[٣] «ن» (سبب).

[٤] «س»، «أ»، «ن» (لأنه حرم)، والمثبت من «ص».

[٥] «أ» (للحال).

[٦] ن»، وحاشية «أ» (بالابتياع).

مملوك بينهما على سبيل الشركة، وحاجتنا إلى ملك اختص به الرجل.

وكذلك ما يستوفى من المنافع بالاقتضاء مشترك لا محالة؛ ألا ترى أن الحد لما كان[١] في مقابلة هذا الاقتضاء بغير ملك[٢] اشتركا في الالتزام، وها هنا الرجل يختص بالتزام الغرامة بالعقد والوطء بغير عقد[٣] فعلم أن المرأة مخصوصة بالملك عليها والاستيفاء منها حتى صارت مملوكة لا مالكة ومتلفاً عليها لا متلِفة على الزوج، وذلك شيء وراء ما يتلَف بمحض الانتفاع بفعل اقتضاء الشهوة.

ولأنّ التأبيد شرط صحة هذا العقد والتوقيت يبطله وإن[٤] شرط في العقد على العين[٥] دون المنفعة بل التوقيت شرط في المنفعة.

ولأنّ الأجر يتوزع على المنفعة في المدة شيئاً فشيئاً حتى إذا فات جزء من المنفعة بلا تسليم إلى المستأجر سقط الأجر بقدره، وها هنا يجب جملةً[٦] ولو عصبت المرأة في المدة كلها حتى ماتت وجب المهر كله ولا يَكثُر ولا يَقِل بطول المدة وقصرها.

وكذلك تجب النفقة بالملك، وإنما تجب بملك العين كالعبد والدابة لا بملك المنفعة كالمستكري للدابة والعبد لا نفقة عليه[٧] إلا بشرط أو عرف.

---

[١] «ص» (جاز).
[٢] «أ» (الملك).
[٣] «ص» (بعد ذلك).
[٤] «أ» (وإنه).
[٥] «أ» زيادة: (و).
[٦] «ص» (حمله).
[٧] «ص» (عليهما).

وكذلك الكافر لا يتزوج المسلمة كما لا يسترقها، وله أن يستأجرها للخدمة؛ ولأنّه ملك لا يقبل التمليك والمنافع بأي طريق ملكت قبلت التمليك، وأجزاء الحر وإن مُلك لا تقبل التمليك؛ فإن الحر نفسه يملك أجزاءه ومنافعه ويملك تمليك منافعه دون أجزائه، ولأنّه ليس بمال، والمنافع من الحرة مال وأجزاؤها ليست بمال.

❁ فإن قيل: إنها لو وطئت بشبهة لم يكن البدل للرجل، ولو ملك العين[١] كان[٢] البدل له كما في الأمة.

❁ قلنا: إنا[٣] لم نقل إنه يملك العين حقيقة، بل قلنا: إنه في حكم ملك العين وأنه ثابت في حق تحليل الوطء دون ما سواه من الأحكام التي لا تتصل بحق الزوجية على ما بينا فيما مضى.

ويلزمك مثله فإن الإجارة تبطل باستيفاء الغاصب المنفعة، ويسقط شيء من البدل، وها هنا لا يسقط.

ولأنّ الوطء كان يباح في ابتداء الإسلام بلفظ النّكاح والتمتع، ثم الله تعالى نسخ بلفظ[٤] التمتع وإن وقع[٥] أبدا[٦]، لأن التمتع نص على الانتفاع وملك منفعة البضع، ولهذا كان يحتمل التوقيت كالإجارة، فلما لم ينعقد به، وإن أبد

[١] «ص» (للعين).

[٢] «أ» (لكان).

[٣] «أ» (إنما).

[٤] «ص» (لفظ).

[٥] «ص» (بقي).

[٦] «ن» (ابتداء).

علم أنه فسد ؛ لأنه[١] يتناول المنفعة دون العين ، وهذه المنافع ليست بمحل لهذا الملك شرعاً.

والوجه الثالث: من حيث الحقيقة ؛ فإن هذا ملك ثبت لحل[٢] اقتضاء الشهوة بطريقها وهو الجماع ، ما ظهر ثبوت هذا الملك إلا في حل[٣] الوطء والملك لإباحة فعل في محلٍّ مشروط في المحل الذي يستوفىٰ بالفعل كالملك لإباحة الأكل[٤] يشترط في المحل الذي يستوفىٰ بالأكل ، والملك لإباحة القتل يشترط في المحل الذي يستوفىٰ بالقتل وهو[٥] الحياة والقتل[٦] ولا يشترط وراء ذلك ، فتمام[٧] اقتضاء الشهوة [بالماء][٨] طبعاً وشرعاً علىٰ ما مر ، والماء عين وجزء من كل واحد منهما يستوفي كل واحد منهما من صاحبه بالتقاء[٩] آلته بآلة الآخر حتىٰ يجتمع[١٠] الماءان في محل الحرث فيكون الولد ويتم به حكمة الشرع في الإباحة ، فلما كان المستوفىٰ بهذا الفعل عينًا مقصودا[١١] ، علم أن[١٢] الملك واقع علىٰ العين ، وأن التمتع والمماسة طريق إليه إلا أن الأحكام تتعلق بعين

---

[١] «ص» زيادة: (لا).

[٢] «ن» (بحل).

[٣] «ص» (إلا بقي حق).

[٤] «ص» (الكل).

[٥] «ن» (هذه) ، حاشية «أ» (وهذا).

[٦] «أ» ، «ن» ، «ص» (والدم).

[٧] «أ» (وقام).

[٨] ما بين [ ] ليس في «س» ، «أ» ، والمثبت من «ن» ، «ص».

[٩] «ص» (بالبقاء).

[١٠] «أ» (يجمع).

[١١] «ص» (غير مقصود).

[١٢] «ن» ، وحاشية «أ» زيادة: (هذا).

الفعل؛ لأن الماء باطن لا يوقف عليه، فأقيم الفعل مقامه على ما مر في أول النكاح[١] في بيان حرمة النسب.

وكذلك الشبق(٢) حاجة طبيعية كالجوع، وهو بهذه المماسة يقضي تلك الحاجة بعين المرأة؛ فإنها هي المشتهاة بذاتها لا المنافع؛ فإن المنافع مما يزايلها، وما يزايلها لا يكون مشتهى[٣]، وبغير المشتهى[٤] لا تقضي الشهوة لمعنى في المحل.

وقولنا: "أنه مشتهى" صفة للعين كقولنا: مغذي وقولنا حي، وقولنا: عود طيب الرائحة، وهذا لأنها تصير مشتهاة بلين وحرارة وسمن وحياة، وهذه صفات العين كقولنا: حي طويل جميل.

❁ فإن قيل: الرضيعة لا تشتهى ويُردُّ العقد عليها.

❁ قلنا: ذلك المحل بعرض أن يشتهى فجاز أن يثبت لذلك العين حكم قيام الوصف الذي يؤول إليه كبيض الحرم له حكم الصيد لأنه يؤول إليه؛ والمني في الرحم له حكم الأحياء يرث ويوصى له ويُعتق لأنه يؤول إليه.

فأمّا المنفعة فمما يحدث كل ساعة، ولا تبقى لو كانت موجودة فلا يمكن اعتبار حكم البقاء قبل الوجود فتصير هذه الأوصاف منها في حكم المملوك للرجل في حق إباحة فعل اقتضاء الشهوة منها.

---

[١] «أ»، «ن»، «ص» (الكتاب).

(٢) الشبق: شدّة الشهوة. انظر: تهذيب اللغة (٢٦٤/٨).

[٣] «ص» (لا تكون مشتهاة).

[٤] «ص» (المشتهاة).

ولهذا قلنا: تثبت ضرورة لأن الأوصاف لا تحتمل الملك موصوفة[١]، وبالوطء يستوفى منها هذا الوصف لتصيز به حاجته مقضية[٢] كما تستوفى صفة الحياة بالقتل وتستوفى صفة الرائحة بالاشتمام.

ولهذا لا يَقبَل البُضع الإجارة لأن ملكه في[٣] ملك العين كما لا يقبل الطيبُ الإجارة على التطيب برائحته ما بين هذه الأشياء فرق، فكل ذلك صفات العين لا منافعه إلا أن الحياة لا تبقى بعد الاستيفاء وصفة الاشتهاء للعضو تبقى بعد الاستيفاء، وكذلك صفة الطيب تبقى بعد الاشتمام للعود؛ لأن الحياة مما لا يوجبها المحل بل تتصل به من خارج، وصفة الطيب للعود تنبعث من ذاته أو معنى[٤] فيه.

وكذلك صفةُ أنها مشتهاة[٥] وصالحة لقضاء الشهوة فيكون الباقي بعد الاستيفاء غير ما فات بالاستيفاء، والكلام فيما استُوفي.

ثم يجوز أن يكون المستوفى من الطيب بالاشتمام[٦] غير متقوّم، ولا[٧] يضمن متلفه[٨]، وهذا[٩] يكون متقوماً لأن الطيب مال، والمال لا يتقوم إلا ما

---

[١] «أ»، «ن» (مقصودة)، «ص» (مقصودا).

[٢] «ن» (خاصة معصية).

[٣] «أ»، «ن»، «ص» زيادة: (حكم).

[٤] «ص» (شيء).

[٥] «ص» (مقتضاة).

[٦] «س» (والاشتمام)، «ص» (بعد الاشتمام)، والمثبت من «أ»، «ن».

[٧] «أ» (فلا).

[٨] «ن» (مبلغه)، «ص» (تصير متلفة).

[٩] «ص» زيادة: (لا).

يتمول منه ويصان، والرائحة التي تفوح وتتلاشئ لا يمكن تمولها وصونها فأشبه عيناً هينة[١] كحبة حنطة وقطرة ماء.

فأما نفس الحر فتَقوُّمه[٢] أوصافه[٣] بالشرع إبانة لخطره لا بالتمول كالحياة، فثبت أن قولنا: أنه في حكم العين لأنه وصف للعين صحيح.

وقولنا: إن المملوك ذلك الوصف لإحلال فعل هو استيفاء لذلك الوصف صحيح؛ فإن[٤] ولي القصاص إنما يستوفي القتل بحكم ملك محله لا بسقوط حرمة المحل، فإنه محترم لو قتله قاتل قتل به، ولا بإباحة لأنه لم يبح، ولأنّه لا يقبل الإباحة، فعلم أنه يستوفيه[٥] بملك المحل، وعين الرقبة-غير مملوكة ولا منافعه، وإنما ثبت الملك ليحل له[٦] قتله[٧] فثبت خاصاً في حق صفة الحياة واستيفاء الولي إياه بالقتل[٨] قصاصاً لا فيما عداه؛ فكذا هذا الملك ثابت في إحلال الوطء دون ما عداه.

ولا يشكل أنّا[٩] أوجبنا كل المهر باستيفاء بعض هذا الوصف لأنه بالوطء قبض كل الشخص لو كان هو المملوكَ؛ فلا بد أن يصير قابضاً لما فيها[١٠] من

---

[١] «س»، «أ» (هيّنا)، والمثبت من «ن».

[٢] «ص» (فتقوُّم).

[٣] «أ» (بأوصافه).

[٤] «ص» (فإما).

[٥] «أ» (يستوفي).

[٦] «ص» (لو).

[٧] «ن» (قبله).

[٨] «ص» (الولي به إياه بالكفيل).

[٩] «ص» (لأنا).

[١٠] «ن»، وحاشية «أ» (فيه).

ملك هو في حكم العين منها، وإنما أتلفَ البعض وبقي ما سواه مقبوضاً غير[١] متلف، ولأنّه[٢] قد ثبت حكماً وحقيقة أنه ليس بعين[٣] ولا منفعة علىٰ الحقيقة، فلم يبق إلا صفة العين، والأوصاف إذا تقومت كان لها حكم الأعيان لا المنافع كالحياة في باب القتل، ولأنّا بينا أن الصفة كونها مشتهاة الفرج وأنها صفة عينها لا منفعتها كالحياة، وكقولنا: أُذن سميعة[٤] ولو ضربه فأصمَّه ضمن قيمة الأذن دون المنفعة فصار ما قلناه: حكماً معقولاً بالقياس علىٰ أصل ثابت شرعاً، وهو لا يجد ملك منفعة ليست بمال، وتصح مؤبدة ويبطلها[٥] الوقت، ولا يتوزّع البدل عليه، ويجب كل بدله يقبض بعضه أو يصير الكل مقبوضاً ببعض المدة[٦].

ولأنّ الحكم مشتمل[٧] علىٰ استحقاق الفعل والعين، فلأن تجعل العين أصلا والفعل تبعاً أولىٰ من أن يجعل الفعل أصلاً والعين تبعاً ما أمكن؛ ولأنّ ابتداءه ازدواج شخص بشخص لا منفعةٍ بمنفعة، فهما يسميان زوجين كزوجي خف وزوجي نعل، وانتهاؤه امتزاج ماء بماء وفي الوسط اقتضاء شهوة بمحل مشتهىٰ وهي صفة للشخص كاقتضاء شهوة البطن بالأكل بمحل متغذىٰ به، فعلم أنه في حكم عقد علىٰ العين دون المنفعة ابتداء وانتهاء وما بينهما.

فإذا عرفت هذا خُرِّجت مسائل:

[١] «ص» (عنه).
[٢] «أ» (فلأنه).
[٣] «ص» (بعتق).
[٤] «ن»، «ص» (سميع).
[٥] «ص» (فتزيله وتبطله).
[٦] «ص» (المكره).
[٧] «ص» (معتمد).

منها: أنّ النّكاح لا يرد بالعيب لأنه رد مبني على ملك المعقود عليه، وأنه ملك محلل للوطء على ما بينا لا يظهر[١] إلا في التحليل، ولا خلل في التحليل مع هذه العيوب؛ ولأنّه ملك ثبت ضرورة لتحليل الوطء، فلا يظهر فيما عدا الضرورة كملك القصاص ولا يرد بالإقالة لهذا المعنى، ولا بالشروط التي ترفع العقد بعد النفاذ عن ولاية لأنها كلها تبتنى على الملك القائم، ولا قيام للملك وراء تحليل الوطء على ما مر.

وسنذكر بعد هذا أن الرضا ليس بشرط للزوم هذا العقد؛ لأن الرضا بالقلب بالشيء[٢] متعلق بما يرغب فيه من أوصافه المرئية أو المذكورة، وهذا مما لا يرى ولا يوصف إلا من حيث أنه محلل، وإنه حكم لازم لا يفارقه ردها والرضا فلا يتصور ذهاب[٣] الرضا بسببه[٤].

وكذلك في باب شراء الجارية حكم العُقر إذا وجب كان في حكم الأرش والولد بخلاف حكم الأجرة والكسب.

فأما الجواب عن قوله[٥]: ﴿فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [النساء: ٢٤] أن بدل العين يجوز أن يسمى أجراً مجازاً، وكذلك الأجر ثمناً على أن المهر من حيث الصورة يشبه الأجر ومن حيث المعنى يشبه الثمن على ما بينا[٦].

[١] «ص» (لأن طهر).

[٢] «ن»، وحاشية «أ» (رضا القلب بالعين).

[٣] «ص» (رق).

[٤] «ن» (فيه).

[٥] «ص» (عن احتجاجه بالآية).

[٦] «ن» (قلنا).

وعن قوله: ﴿فَمَا ٱسْتَمْتَعْتُم بِهِۦ مِنْهُنَّ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً﴾ [النساء: ٢٤] لأن الاستمتاع قبض وبه يتأكد المهر بحيث لا يحتمل السقوط، فعلق به لأنه قبض لا لأنه[١] أحد بدلي العقد بالإجماع.

وعن المعنىٰ: أنا لم نقل إن المملوك به عين حقيقة لينتقض بالاستيفاء بل معنىٰ منه[٢] في حكم العين كمن ضرب إنساناً فأصمه يضمن دية الأذنين ولم ينتقص[٣] منها[٤] جزء وإنما ذهب منهما معنىٰ السمع.

وكذلك إذا خنقه فأماته ما انتقص من أجزائه شيء وإنما ذهبت عنه صفة الحياة، وكذلك إذا غصب[٥] عصيراً فتخمر ضمن قيمة العصير وما فوت من عينه شيئاً فكذلك الوطء به استيفاء معنىٰ منها قضيت به شهوته، فكان لذلك[٦] المعنىٰ حكم العين، وكذلك اشتمام الطيب انتفاع برائحة الطيب وأنها في حكم عين علىٰ ما مر، واستيفاؤها لا ينقص شيئاً.

[٦١٥] **مسألةٌ:** فأمّا مسألة إضافة الطلاق إلىٰ الرجل ففرع مسألة إضافة الطلاق إلىٰ إصبعها، لأنا أجمعنا أن الملك الأصلي ما يقابله المهر، وأنه للرجل علىٰ المرأة والوطء تبع وبناء.

---

[١] «ن»، «ص»، حاشية «أ» (لا أنه).

[٢] «ن»، «ص»، حاشية «أ» زيادة: (فكان).

[٣] «ن»، «ص» (ينتقض).

[٤] «أ» (منهما).

[٥] «ن»، «ص» (اغتصب).

[٦] «ص» (كذلك).

وعندنا لا يجوز إضافة هذا التصرف إلىٰ ما هو تبع من[1] الملك، بل هذا تصرف فيما مُلك بالعقد وإضافة ما يقطع ملك الأصل لا يجوز إلىٰ ملك التصرف؛ لأنه غيره وكان بمنزلة رجل قال لأمته: اعتقي نفسك، فقالت للمولىٰ: أعتقتك؛ بخلاف الرجل يقول لامرأته[2]: أنا منك بائن ينوي الطلاق به لأنه لو قال: أنا بائن لا يصح وإن نوىٰ طلاقاً، ولو قال لامرأته: أنت بائن ونوىٰ طلاقاً صح وإن لم يقل مني؛ لأن الزوج ليس بمحل للملك الذي يحله الطلاق؛ فأما إذا قال: أنا بائن منك ونوىٰ طلاقاً صار كناية عن قوله: أنت بائن مني؛ لأن هذه اللفظة توجب بينونة مشتركة بينهما عندنا، فإذا مدَّ البينونة إليها بقوله: منك صارت مذكورة محلاً لما أوجب من البينونة؛ لأنها تشيع إلىٰ الزوج متىٰ وقع، ويصير الرجل محلاً بخلاف قوله: أنا منك طالق؛ لأن حكم الطلاق للحال يخصها ولا يشيع إلىٰ الرجل[3] فإنها لا تحرم بنفس الطلاق علىٰ الرجل ولا يتغير[4] في جانبه شيء من حكم النّكاح، ولا يمكننا أن نجعلها محلاً بقوله: منك لطلاق[5] محله الرجل، ولو وقع ما حل بالرجل شيء.

[٦١٦] **مسألةٌ**: ويتصل به مسلم تزوج نصرانية بشهادة نصرانيين، قال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله: يجوز.

وقال محمد رحمه الله: لا يجوز[6]؛ لأن الشهادة شرط لصحة عقد النّكاح، وأنه

---

[1] «ن»، وحاشية «أ» (في).
[2] «ص» (لأمته).
[3] «ص» (الزوج).
[4] «ص» (لا يتعين).
[5] «ن» (الطلاق).
[6] «ص» (صح في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، ولا يصح في قول محمد).

عبارة عن كلام الزوجين وهما في حق الرجل بمنزلة عبدين لا شهادة لهما فأشبه النّكاح بشهادة رجلين سمعا كلام المرأة دون كلام الرجل؛ فإنه لا يصح؛ فكذا هذا وإن سمعاه لأنه سمعاه ولا شهادة لهما في حق المسلم، وسماع من لا شهادة له في حق المسلم وسماع من لا شهادة له وعدمه بمنزلة.

ولهما: أن الشهادة شرط لوقوع ملك المتعة[١] لا لملك المهر؛ لأن ملك المهر مال، ولأنّه يصح بلا ذكر مهر ومع نفيه فلا يعتبر[٢] سماع الشاهدين الإمهار، وملك المتعة خاص للرجل على المرأة. ولهما شهادة صحيحة للمسلمين على الكفار[٣] فصار سماعهما لشطري العقد في حق إيجاب ملك المتعة[٤] للرجل عليها سماع شاهد لا سماع من لا شهادة له.

❁ فإن قيل: ملك الازدواج مشترك بينهما.

❁ قلنا: نعم؛ ولكن ليس ذلك بأصل، وإنما يقع تبعاً للملك الذي هو أصل، وهو الذي يقابله المهر، والشهادة ليست بشرط[٥] له حتى[٦] من اشترى أمة ملك وطئها بلا شهادة لأنه وقع تبعاً.

---

[١] «ص» (المنفعة).

[٢] «ن» (ويغير)، حاشية «أ» (ويعتبر).

[٣] «ن» (الكفارة).

[٤] «ص» (المنفعة).

[٥] «ص» (الأصل هو الملك يقابل المهر والآخر يقع تبعا لهذا الملك إنما يشترط للمالك الذي هو أصل).

[٦] زاد في «أ» (أن).

|٦١٧| مسألةٌ: قال علماؤنا ﷺ: ملك النّكاح غير متقوم.

وقال الشافعي(١) ﷺ: هو متقوم، وإنما يتبين هذا بشاهدين شهدا على رجل بطلاق امرأته ثلاثا بعدما دخل بها وقضى القاضي بها، ثم رجعا لم يضمنا للزوج شيئاً عندنا، وعند الشافعي يضمنان.

وكذلك شقص الدار إذا جعل[٢] مهراً لم يستحق بالشفعة عندنا؛ لأن الشفيع لا يأخذ إلا بقيمة العوض إذا لم يكن له مثل من جنسه، ولا قيمة لملك[٣] النّكاح عندنا، وعنده يأخذها بقيمة الملك وهو مهر المثل.

وعلى هذا ملك القصاص غير متقوم عندنا؛ وعند الشافعي متقوم بالدية حتى إن شاهدين لو شهدا بالعفو ثم رجعا يضمنان الدية، أو وقع الصلح عن القصاص على شقص دار أخذها الشفيع على أصله بقيمة القصاص وهي الدية.

وكذلك المرأة إذا خالعت على شقص دار لم تجب للشفيع شفعة عندنا، وعنده: تجب بالمهر.

وكذلك لو أعتق المولى عبده على شقص دار لم تجب للشفيع شفعة، وعند الشافعي يأخذ بقيمة العبد؛ لأن الإعتاق لإبطال الرق، والرق غير متقوم عندنا، وعند الشافعي متقوم.

والأصل فيه أن ما ليس بمال مما يقع عليه الملك لا يتقوم بالمال للمالك عندنا إلا النفس، فإنها تقومت بالمال شرعاً بخلاف القياس حال العجز عن

(١) انظر: «الحاوي الكبير» (١١/٣٨٢).

[٢] «ص» (جعلت).

[٣] «أ» (بملك).

إيجاب القصاص لعذر تعظيماً لأمر الدماء حتىٰ لا تهدر ، وكذلك ما دون النفس ، وعلىٰ هذا الوطء عن شبهة حيث أوجب العقر؛ فإنه في حكم استيفاء جزء منها علىٰ ما بينا في المسألة الأولىٰ ، فوجبت القيمة كما لو جنىٰ عليها جناية لا توجب القصاص .

أمّا الشافعي رحمه الله فإنه يقول: بأن ملك النّكاح متقوم علىٰ الزوج دخولاً فكذلك خروجاً قياساً علىٰ ملك اليمين بل أولىٰ ؛ فإن ملك اليمين[١] يجوز اكتسابه بلا بدل ، وهذا لا يجوز .

ولأنّ الزوج يخالعها علىٰ مال فيجوز ، وما لم يكن متقوماً لا يصير متقوماً بالعقد كالميتة والدم ، وإنما المعاوضة لإقامة المسمىٰ من المال مقام أصل القيمة بتراضيهما علىٰ ذلك ، وكذلك الصلح عن القصاص أو العتق علىٰ مال صحيح فدل علىٰ التقوم بنفسه .

[٢] ولهذا قلت: إن المرأة المريضة إذا خالعت نفسها علىٰ مال بقدر مهرها لم يعتبر من الثلث ؛ لأن ما صار لهما[٣] متقوم مثل ما أعطت فصارت[٤] بمنزلة ما لو اشترت[٥] بها مالاً .

وكذلك المريض لو تزوج امرأة بمهر مثلها صح من جميع المال ، ولو لم يكن الملك متقوماً لاعتبر من الثلث .

---

[١] «ن» ، وحاشية «أ» (المهر) .

[٢] في «أ» (مسألة) .

[٣] «ص» (متقوم) .

[٤] «ن» ، «ص» ، «أ» (فصار) .

[٥] «أ» (استرق) ، «ن» (اشترىٰ) .

وكذلك المريض إذا كان عليه قصاص فصالح على الدية اعتبر من جميع المال[١]، فدل على التقوم؛ ولأنّ ولي القصاص ملك نفسه، وقام فيه مقام صاحب النفس، والنفس متقومة لصاحب النفس بلا إشكال[٢]. فكذلك لمن ملكها[٣] عليه، وكذلك المملوك بالنّكاح ما يستوفى بالوطء على ما مر، وكذلك[٤] المستوفى كان متقوماً للمرأة قبل النّكاح وبعده، فكذلك يكون متقوماً للمالك[٥] القائم فيه مقام المرأة بقدر ملكه.

وكذلك قلتم في شاهدين شهدا بطلاق امرأة قبل الدخول بها وقضى القاضي بذلك ثم رجعا ضمنا للزوج نصف المهر لأنهما أتلفا عليه الملك؛ وكان متقوماً بالمهر على الزوج إلا[٦] أنهما لا يغرمان إلا النصف لأن النصف وصل إليه بحكم البراءة.

وكذلك إذا شهدا والمرأة المنكوحة صغيرة أن أم الزوج أرضعتها محتسبة[٧]، وفرق القاضي بينهما ثم رجعا ضمنا للزوج نصف المهر.

وكذلك المرأة إذا ارتدت قبل الدخول بها ضمنت المهر للزوج لأنها أتلفت الملك ولا يقال: إن الشاهدين ضمنا لأنهما أكدا وجوب نصف المهر لأنا لا نسلم التأكيد، بل المهر كله وجب متأكداً بنفس العقد لأنه لم يبق بعد هذا إلا

---

[١] «ص» (صح من جميع المال إذا صالح على الدية).

[٢] «ص» (بلا شك).

[٣] «ص» (ملكه).

[٤] «ن»، «ص» (وذلك).

[٥] «أ» (للمال).

[٦] «ص» (لا أنهما).

[٧] «ص» (مجوسية).

وطء المرأة الذي يجري مجرىٰ القبض، وهذا العقد لا يتعلق تمامه بقبض المرأة علىٰ ما ذكرنا فيما مضىٰ، وإنما يسقط نصف المهر بالطلاق لأنه بمنزلة الفسخ علىٰ ما ذكرنا في موضعه كما يسقط الثمن بالفسخ[١] بعد القبض وتمامه وتأكده.

ولأنّ الطلاق يشبه الفسخ من وجه ولا يشبهه من وجه علىٰ ما بينا؛ فمن حيث يشبهه أسقط المهر ومن حيث لا يشبهه يقرره علىٰ ما كان قبله إلا[٢] أن يريد إيجاباً أو تأكيداً، علىٰ أنا لا نسلم أن تأكيد الواجب يكون سبب ضمان.

ألا ترىٰ أن شاهدين لو شهدا علىٰ الواهب بأخذ العوض[٣] حتىٰ أبطل القاضي عليه حق الرجوع علىٰ مذهبكم، ثم رجعا وقد هلكت الهبة لم يضمنا للواهب شيئاً، وقد أكدا بالعوض حكم زوال ملكه ولم يجر مجرىٰ الإزالة ابتداء، ولا يلزمنا ما قلنا: أن رجلاً لو قتل المنكوحة أو من عليه القصاص لم يغرم[٤] للزوج ولا للولي[٥] شيئا؛ لأن هذا الملك وإن كان ثابتاً للزوج والولي من حيث يملك الاستيفاء فلم يثبت من كل وجه.

ألا ترىٰ أني أقول أن المرأة إذا وطئت بشبهة كان البدل للمرأة دون الزوج ولم يظهر ملك الزوج حال الاستيفاء من المرأة، فكذلك لا يظهر في حق القتل بل يصير مستوفىٰ من المرأة ومن[٦] عليه القصاص؛ لأنه ملك ضرورة فيظهر في

[١] «ص» زيادة: (البيع).

[٢] «أ» (لا).

[٣] «ص» (الواهب بعوض).

[٤] «ص» (يضمن).

[٥] «أ» (لولي).

[٦] «أ» (وممن).

حق المالك من حيث يطرقه إلىٰ الاستيفاء دون المملوك عليه حتىٰ لا يصير المحل مملوكاً له بل هو مملوك عليه كما كان، فمتىٰ كان الإتلاف من قبل إتلاف الأصل كان التلف علىٰ صاحب الأصل لأنه لم يملك حقيقة، ومتىٰ كان التلف من قبل المالك دون الأصل كان التلف علىٰ المالك؛ لأن الملك ثابت في حقه بخلاف ملك اليمين؛ فإنه[١] ثابت في حق المالك والمملوك؛ فإن[٢] الأصل صار له فتقوَّم[٣] له إذا تلف[٤] بتلف الأصل أو أتلف عليه دون الأصل.

والذي يدل عليه: أن المملوك بالنّكاح إنما يكون في حكم أجزائها أو منافعها، وأجزاؤها متقومة وكذلك منافعها ولا إشكال في العتق لأنه يزيل ملك المال، والمال متقوم، وهذا كله لمعنىٰ أن الملك إذا ثبت محترماً لمالكه شرعاً مطلِقاً له التصرف فيه يحق الملك اعتياضاً عنه كان ذلك العوض قائماً مقام قيمته شرعاً؛ لأن القيمة في الأصل هي[٥] تخلف العين في حق مالكه، وتلك الخلافة مرة بالشرط معاوضة، ومرة بالتعدي علىٰ ملكه، فالثبوت بالمعاوضة يدل علىٰ الثبوت حال التعدي من طريق الأولىٰ؛ لأنها بالتعدي تجب مثلاً للأول وضعاً[٦] وبالشرط تجب مخالفاً للأول وضعاً[٧].

دلّ عليه: أن التعدي منهي عنه شرعاً، وما شرع لإبطال الحقوق حكماً وإن

[١] «أ»، «ص» (لأنه).

[٢] «ص» (لأن).

[٣] «ص» (فيقوم).

[٤] في حاشية «أ» (له أتلف).

[٥] «ن»، وحاشية «أ» زيادة: (التي).

[٦] «ن» (وصفا).

[٧] «أ»، «ص» (وصفا).

كانت تبطل عياناً، بل الشرع أوجب على المتعدي جزاءَ مثلِه، وإنه الأصل لا ينفك[١] عنه كالمعاوضة لا تنفك[٢] شرعاً عن البدلين، فثبوت البدل مالاً عما ليس بمال شرطاً دليل على الثبوت بالتعدي شرعاً[٣] أولى؛ لأن ما ثبت حكماً هو أنفذ[٤] مما ثبت شرطاً.

ولأنّ الشرع لما جعل حق المتعدي عليه مجبوراً بمثله من المتعدي لم يجز إهدار حقه ما أمكن.

ولما ثبت المال عن هذه الحقوق التي ليست بأموال شرطاً، وهو حكم شرعي، علم أنه ممكن شرعاً فلا يهدر إلا إذا لم يمكن نحو ملك الخمر[٥] أو جلد الميتة، فإنه لما حجر عن الاعتياض عليه علم أنه مما قصر مِلكه في العين لهوانه ولم يجعل المال عوضاً عنه في الشرع فأهدر ضرورة.

ويدل عليه: أن من تزوج امرأة بلا مهر وجب مهر المثل عندك، وعندي: يقضي به القاضي، وما يجب شرعاً بلا شرط يجب مثلاً سواء كما يجب بالإتلاف، فعلم ضرورة أن مهر المثل قيمته ومثله.

وكذلك الدية تجب بدلاً عن النفس ونصف الدية عن اليد إذا كان خطأ، وإنما يجب شرعاً، فثبت أنها مثل الفائت، وتبين أن المال قد يكون مثلاً لما ليس بمال شرعاً صيانة لملك المال[٦] المحترم في حال قيامه وبعد فواته.

---

[١] «ص»، وحاشية «أ» (ينقل).
[٢] «ن»، وحاشية «أ» (ينقل).
[٣] «ن»، وحاشية «أ» زيادة: (بل).
[٤] «ن»، «ص»، وحاشية «أ» (أبعد).
[٥] «ص» (الحجر).
[٦] «ص»، «أ» (المالك).

وأما علماؤنا رحمهم الله فإنه يحتج لهم بما قال محمد بن الحسن في كتاب "الإكراه": لأنه ليس بمال، فلا يضمن بالإتلاف قياساً على جلد الميتة، وهذا لأن ضمان الإتلاف ضمان مثل المتلف جبراناً له على ما عرف في الغصب، والمال ليس بمثل لما[١] ليس بمال، فلا يجب على ما حققنا في الغصب، ولا شك فيه؛ إنما الشك في أنه مثل أو ليس بمثل.

والدليل على أنه ليس بمثل أن مثل الشيء ما يساويه من كل وجه صورة ومعنى، أو معنى بلا صورة إن تعذر اعتبارهما على ما عرف في الغصب، والدراهم ليست بمثل لملك النّكاح صورة[٢] [ولا معنى][٣]؛ لأن معنى الشيء ما شرع أو خلق ذلك الشيء له، وملك النّكاح شرع لاقتضاء الشهوة بحلال وإقامة حكم الله في النسل وإبقاء العالم، وما للمال من حيث أنه مال هذا المعنى بوجه، بل المال مخلوق بِذلة لإقامة مصالح النفوس، وإذا لم يكن المال مثلاً له، والتقوم لو ثبت لثبت بالمال ثبت أنه غير متقوم، ولأنّ معنى صورة الأموال المالية، ولا تماثل بين الصورة والصورة، وقد عدمت المالية فيما ليس بمال أصلا، ونظيره حقوق الله المالية من الزكاة والعشر تضمن بالمال إذا أتلفت نُصُبها[٤]، وما ليس بمال من الصوم والصلاة لا تضمن بالمال إذا فوتت[٥] إلا عند ضرورة اليأس[٦] عن مثله صوماً أو صلاة؛ فحينئذ تجب الفدية شرعاً بخلاف القياس.

---

[١] «أ» (بما).

[٢] «ص» زيادة: (وهذا ظاهر).

[٣] ما بين [ ] ليس في «س»، والمثبت من «أ»، «ن»، «ص».

[٤] «ص» (أتلف نفسها).

[٥] «ص» (ثبت).

[٦] «ص» (الناس).

ولأنّ الحيوان لا يضمن بمثله صورة لتفاوت في قدر المالية ، فالاختلاف في أصل المالية أولىٰ أن يمنع الوجوب ؛ ولأنّ ملك النّكاح في حكم ملك جزء من الآدمي لمعنىٰ تفريع الآدمي منه ، فكان معتبراً به معنىٰ وعيناً ، وأنه[١] خلق مالك المال ، والمال خلق بِذلة[٢] مملوكاً له ؛ فأنىٰ تكون بينهما مماثلة.

وكذلك ملك القصاص بمعنىٰ ملك من عليه القصاص ، وملك حياته وشرع لمعنىٰ إحياء الآدمي علىٰ ما قال الله تعالىٰ: ﴿وَلَكُمۡ فِي ٱلۡقِصَاصِ حَيَوٰةٞ﴾ [البقرة: ١٧٩] ، فلا يكون المال مثلاً له.

وكذلك الرق ، لأنه صفة تحل بالآدمي عقوبة علىٰ كفره يصير به عرضة للتملك[٣] بأسباب الملك ، والعقوبة لا تسمىٰ مالاً إنما المال هو العبد المملوك بذلك الوصف ، وكان معنىٰ الرق أن يصير عرضة للتملك بأسباب الملك ، فيستوفي هذا الحكم منه بالاستيلاء[٤] فيخرج به عن الحرية والمالكية إلىٰ جنس الأموال عقوبة له علىٰ إنكاره ألوهية ربه عزت قدرته ، ومعنىٰ المال أن يقام به مصالحنا[٥] لا أن يعاقب المال به ، ثم الإعتاق لإزالة الرق الذي به صار الآدمي مالاً فيذهب ذلك الوصف ثم يتلف المالية حكماً لفوات محله كما يفوت بالموت.

وكما قيل في ضمان الدم: إنه ليس بضمان[٦] مال ؛ لأن القتل يلاقي الحياة

---

[١] «ن» (وإذا).

[٢] «ن» (بدله).

[٣] «ص» (بصونه عرضه المتملك).

[٤] «ص» (بالاستيفاء).

[٥] «ص» (يقارنه فصالحا).

[٦] «ص» (المالين).

فيزهقها ثم يتلف المالية حكماً.

❁ فإن قيل: الآدمي متقوم بالدية، وكذلك ما يملك بالنكاح متقوم[١] بمهر المثل حتى يجب وإن لم يسم ويضمنه الواطئ عن شبهة بالإجماع[٢].

❁ قلنا: القياس الصحيح أن لا يجب لما ذكرنا أن لا مماثلة بينهما، والأصل في جزاء[٣] الإتلاف ضمان مثل المتلف بالكتاب والسنة وإجماع الأمة، إلا أنا تركنا هذا الأصل في قتل الآدمي خطأً بنص الكتاب، فأوجبنا الدية وإن لم يكن مثلاً معقولاً، فكان بخلاف الرأي والقياس؛ لأن ما لا يعقل بالرأي كان بخلاف القياس.

وكذلك العقر والمهر حتى قلنا: لا تجب الدية بالعمد لأن النص لم يرد به.

وكذلك العُقر لا يجب بالزنا الموجب للحد، ولأنّ الله تعالى لشرف الآدمي شرع القصاص في القتلى ليكون مثلاً بمثل، ويكون عقوبة زاجرة عن القتل لينزجروا فيحيى الناس، ولم يحسن[٤] ذلك في الخطأ لأنه لا عقوبة عليه، فأوجب الدية وإن لم يكن مثلاً معقولاً كيلا يهدر دم الآدمي[٥]، فتبين به عظم[٦] الآدمي حيث شرع في إتلافه المثل المعقول إذا أمكن، ولما تعذر[٧] شُرع مثل

[١] «ص» (فيقوم).
[٢] «ص» (الإجماع).
[٣] «ن» (جبر).
[٤] «أ» (يخش)، وفي حاشية «أ» (يجب).
[٥] «أ» (الآدميين).
[٦] «ص» (عظمة).
[٧] «ص» (هدر).

لا يعقل بخلاف الأموال صيانة له عن الضياع.

وكذلك في ملك النكاح لما كان في حكم ملك عين[١] الآدمي لم يجعل إلا بمال إبانة لخطره في أنه لا يقبل التبرع.

وكذلك[٢] إذا أتلف بالوطء بغير ملك أوجبت[٣] العقوبة؛ فإن[٤] تعذر أوجب العقر حتى لا يضيع، فهو جزء من الكل فيعتبر بالكل، ولما[٥] كان إيجاب المال وإن لم يعقل مثلاً إبانة لخطر الآدمي، بأن لا يهدر شيء منه حال عدم الضمان بالعقوبة لم يجب في غير تلك الحالة، والخلاف في ملك على الآدمي ثبت لآدمي لم يكن في إتلافه تناول شيء من الآدمي، بل براءة عن[٦] الملك عليه وحياة[٧] في سقوط القصاص والرق وملك النكاح فلم يجب ضمان المال لهذا المالك لأنه ليس في صيانة تلك[٨] الأملاك عليه إبانة شرف الآدمي، بل فيه سقوط درجته عن الحالة[٩] الأصلية، ووجب اعتبارها بملك زائل عن الآدمي فلا يجب إلا بمثل معقول مثلاً.

❁ فإن قيل: لو شهد شاهدان أنه أعتق عبده وقضى القاضي بذلك ثم رجعا ضمنا.

---

[١] «ص» (غير).

[٢] «ص» (ولذلك).

[٣] «ص» (أوجب).

[٤] «ص» (فإنه).

[٥] «أ» (فلما).

[٦] «ص» (بحق).

[٧] «ص» (خيرة).

[٨] «أ»، «ص» (ملك).

[٩] «ن»، وحاشية «أ» الحال.

۞ قلنا: لأنهما بالإعتاق أتلفا عليه المالية فضمنا بسبب موجبِ تلفَ المالية، وإن لم يشهدا بإتلاف المالية على ما عرف.

فأما المولى إذا أعتق عبده على شقص دار فالمبادلة مع العبد ما وقعت إلا على العتاق، ومع[١] المولى ما وقع إلا على الرق[٢]، فأما ما ثبت من تلف المالية حكماً له فما دخلت تحت المعاوضة كشراء الأب إعتاقٌ من حيث أنه سبب موجب، والمعاوضة على المالية لأن العتاق وقع حكماً للملك الثابت بالشراء، وكان الشراء سبباً موجباً له إلا أن[٣] نفس المعاوضة وقعت على العتاق.

وهذا أصل كبير ظهر بيننا وبينهم الخلاف، ولهذا كانت الدية في القتل عندهم أصلا للمولي أن يستوفيه في كل حال، والعقوبة شرعت لزيادة تعد واجتراء[٤] من[٥] القاتل ليزجره عنه، فإن شاء المولي[٦] أخذه بالأصل، وعندنا الدية وجبت بخلاف القياس كيلا يهدر الدم عند تعذر إيجاب العقوبة، فإذا وجبت العقوبة ووقعت الصيانة لم تجب الدية.

ومسائل أخر تبتنى على هذا الأصل[٧]، ذكرناها في الديات:

فأما[٨] المرأة إذا ارتدت قبل الدخول بها فما ضمنت المهر بدلاً عن ملك

---

[١] «ص» (وعلى).

[٢] «أ» (وما وقع على العبد تلف على الرق)، وفي «ن»، وحاشية «أ» (ومع العبد إلا على تلف الرق).

[٣] «ن»، «أ» (لا أن).

[٤] «ص» (احترام).

[٥] «أ» (احترام القاتل).

[٦] «ن»، «ص» (الولي).

[٧] «س»، «أ»، «ن» زيادة: (من الديات)، والمثبت من «ص».

[٨] «ص» (وأمّا).

النّكاح الذي أتلف بالردة، فإنها لو ارتدت بعد الدخول لم تضمن شيئاً، والإتلاف موجود ولكن ضمنت قبل الدخول لأنها منعت تسليم ما لزمها تسليمه بالعقد فجوزيت بمنع[١] البدل كما إذا أبقت[٢] وأخرت التسليم تأخر عنها المهر أيضاً، على ما نذكره. وعلى ما نذكر في المولى يقتل أمته المنكوحة، فأما[٣] شاهدا الطلاق قبل الدخول، فإنما ضمنا نصف المهر، وكذلك شاهدا الرضاع لا بدلاً عن ملك النّكاح المتلف بشهادتهما بل بدلاً عما أوجب[٤] عليه من نصف المهر كشاهدين[٥] على رجل بدين وقضى به القاضي ثم رجعا.

ألا ترى أنهما يضمنان نصف المسمى وإن كان ذلك أقل من مهر مثل[٦] ملك النّكاح بكثير أو أكثر منه بكثير، ولو ضمنا بدل المتلف لما اعتبر نصف الواجب بالعقد كما في مال اشتراه الإنسان، وهذا القدر يكفي جواباً عن النقض، ثم الوجه فيه أن في شهادتهما بالرضاع عود الملك إلى المرأة كما خرج عنها بلا نقصان بغير سبب جديد، ومثل هذا العود يوجب سقوط البدل كله كما في الفسخ، وإنما لم يسقط الفسخ[٧] لإثباتهما[٨] على الزوج سبباً قاطعاً من طلاق أو رضاع، والقطع بعد الثبوت لا يوجب سقوط البدل.

لأنّ البدل يجب بوقوع الملك بالعقد لا بالبقاء، والقطع لا يرفع الوقوع،

---

[١] «أ» (بمعنى).
[٢] «ن» (أثبت).
[٣] «ن» (و).
[٤] «أ» (أوجبنا)، «ن»، «ص» (أوجبا).
[٥] «ن»، «ص»، «أ» زيادة: (شهدا).
[٦] «أ» (المثل).
[٧] «أ»، «ن»، «ص» (البدل).
[٨] «أ»، «ن» (لإثباتها).

وإنما يرفعه الفسخ ، فلما أوجب المعنى الأول السقوط كله ، وهذا الثاني أوجب البقاء كله سقط نصفه وبقي نصفه ، فصار بقاء النصف عليه بعدما تقررت العلة المسقطة ، وهو عود الملك إلى المرأة بغير سبب جديد كما خرج بلا نقصان بسبب شهادتهما بالقطع ، فصارت موجبة للنصف الذي تقررت عليه البراءة عنه لولا القطع الثابت بشهادتهما.

فأما الشهادة بعد الدخول فما فيها[١] إيجاب ؛ لأن قدر ما استوفي بالوطء يجري مجرى الإتلاف ، وما تلف لا يتصور فيه العود إلى المرأة.

وأنه كاف لإيجاب المهر كله فلم يكن عود ما عاد من الملك مبرئاً للزوج عن المهر حتى تكون الشهادة بالقطع موجبة.

|٦١٨| **مسألةٌ**: ولهذا قلنا: إنه لا شفعة للشفيع في تملك شقص[٢] الدار بهذه العقود ؛ لأن الشفيع إنما يأخذ الشقص بمثل ما ملك الأول ، وما لهذه الأملاك مثل شرعي ، وهو مثل مساو على ما قررنا في مسألة[٣] الإتلاف.

|٦١٩| **مسألةٌ**: وكذلك المريضة إذا خالعت نفسها اعتبر بدل الخلع وصية ؛ لأنها أعطت مالاً متقوماً فيه حق للورثة بإزاء ما ليس بمتقوم ، فلم يعتبر جابرا[٤]

---

[١] «س» ، «أ» ، «ن» (فيهما) ، والمثبت من «ص» ، «أ» كالمثبت.

[٢] «ن» (بعض).

[٣] «ن» (مثل).

[٤] «أ» (جائزاً).

لزوال ما زال[١]، فصار في القدر[٢] كأنه أعطىٰ مالاً بلا شيء فيعتبر وصية بخلاف الرجل يتزوج؛ فإن المهر لا يعتبر من الثلث.

وإن أعطىٰ بملك النّكاح وأنه غير متقوم لأنا ذكرنا أن الشرع جعله متقوماً في حقها[٣] عند التملك عليها أو الإتلاف إعظاماً لخطر الآدمي كما جعل النفس متقومة بالمال إذا أتلفت[٤] خطئاً، إنما [لا][٥] يجعل متقوماً في الرجل[٦] لأنه في حق الرجل ملك مباين عن نفسه، وعن[٧] الخلع المعتاض هو الرجل وفي حقه غير متقوم.

❁ فإن قيل[٨]: الحجر إنما يثبت[٩] لحق الورثة وبدل لا ينتفع به الوارث في حقه سواء تقومه وعدمه.

❁ قلنا: إذا تقوم في حق المريض لم ينسب إلىٰ إبطال المالية شرعاً، [فالحجر][١٠] في حقه وحق الوارث يبتنىٰ عليه [؛ ولأنّ النّكاح][١١] من حوائج المريض ومصالحه؛ لأن حوائج الإنسان تقوم بالنساء ما دام حياً ولا حق للورثة

---

[١] «ص» (جائزا لما زال).

[٢] «ن»، وحاشية «أ» (في الحقيقة)، «ص» (الحقيقة)، «أ» (بالقدر).

[٣] «ص» (حقهما).

[٤] «ص» (أتلف).

[٥] ما بين [ ] ليس في «ن».

[٦] «أ» (للرجل).

[٧] «ن»، «ص» (عند).

[٨] زاد في حاشية «أ» (إن).

[٩] «ص» (ينبت).

[١٠] ما بين [ ] ليس في «ص».

[١١] ما بين [ ] ليس في «س»، والمثبت من «أ»، «ن»، «ص».

فيما يصرف من المال إلىٰ مصالحه؛ إنما لهم الحق في ثلثي ما يفضل عن مصالحه.

ألا ترىٰ لو أنفق جميع المال علىٰ نفسه صح، ولو كانت عليه ديون لم يرثوا شيئاً، فأما الخلع فليس من مصالح المرأة بل هو من حيث الوضع لرفع[١] سبب المصلحة.

ألا ترىٰ أن الأب يملك إنكاح ابنه ولا يملك خلع ابنته بمالها.

وكذلك الصلح عن القصاص يعتبر من جميع المال لأن المال الذي يجب بدلاً عن المقتول ويصير دية يجب بالقتل خطأً، وقد ذكرنا أن الشرع جعله متقوماً بالمال عند عدم القصاص صيانة للدماء عن الهدر، ولأنّ هذا من حوائج الميت لأنه يحيىٰ به، وكان هذا[٢] أمس من ثمن الدواء وأجرة الأطباء.

❊ فإن قيل: أليس أن التعليل بعدم الوصف باطل؟

❊ قلنا: إذا ثبت[٣] أن [لا][٤] علة غيرها[٥] لابد أن ينعدم الحكم بعدمها، وقد أثبتنا[٦] نحن أن المماثلة صورة [ومعنىٰ][٧] أو معنىٰ وحده، لا تثبت بين المال وما ليس بمال، وبالإجماع لابد من اعتبار المماثلة بهذا الوصف في مواضع

[١] «ن» (يرفع).

[٢] «ص» (وكانت هذه الحاجة).

[٣] «س» (أثبت)، والمثبت من «أ»، «ن»، «ص».

[٤] ما بين [ ] ليس في «س»، والمثبت من «أ»، «ن»، «ص».

[٥] «س» (لغيرها)، والمثبت من «أ»، «ن»، «ص».

[٦] «ص» (بينّا).

[٧] ما بين [ ] ليس في «أ».

الإجماع لأن[١] المماثلة ثابتة بالنص والإجماع ، فلا تترك إلا بقدر دليله ، والدليل قام بترك[٢] الصورة عند التعذر .

فأما الصورة والمعنىٰ إذا اختلفا فلا ، ولأنّه[٣] لا يبقىٰ شيء من المماثلة عند اختلافهما .

ولأنّا نقول: المال مخالف لما ليس بمال معنىٰ وصورة ، فلا يجب بدلاً مضموناً بإتلاف ما خالفه كما لا يجب الحيوان بدلاً مضموناً بإتلاف الثوب لمخالفتهما بل أولىٰ ؛ لأن المخالفة ثمة[٤] في قدر[٥] المالية[٦] وهذا[٧] في أصله ، ولهذا لم يبطل النّكاح بالسبي[٨] ، لأنه ليس بمال ، والسبي شرع لملك المال قصدا ، وملك المال لا ينفي[٩] ملك نكاح الغير حكماً علىٰ ما مر .

|٦٢٠| مسألةٌ: ولهذا قال أبو يوسف ومحمد ﷺ: إذا أذن المولىٰ لعبده في النّكاح فتزوج نكاحاً فاسداً ودخل بها لم يغرم المهر[١٠] حتىٰ يعتق كما لو تزوجها بغير إذن ؛ لأن النّكاح لإثبات هذا الملك الذي وصفناه علىٰ المرأة للرجل ،

[١] في حاشية «أ» (أو).

[٢] «ص» (بالدليل فلم تترك).

[٣] «ص» (والآية).

[٤] «أ» (ثم).

[٥] «ن» ، وحاشية «أ» (صفة).

[٦] «أ» (المال).

[٧] «ن» ، وحاشية «أ» (ها هنا).

[٨] «ص» (كالسبي).

[٩] «ن» ، «ص» (لا يبقىٰ).

[١٠] «ص» (العقر).

والمهر تبع في الباب.

وهذا الملك لا يثبت بالنّكاح الفاسد وهو الملك المحلل للوطء، فلم يكن نكاحاً شرعاً، وإنما سمي به مجازاً لصورته كبيع الحر. ومطلق الأمر ينصرف إلىٰ حقيقته حتىٰ يقوم الدليل علىٰ مجازه؛ ولأنّ حقيقته مرادة بالإجماع فبطل أن يكون مجازا مراداً.

ألا ترىٰ أنه إذا حلف لا يتزوج فتزوج نكاحا فاسداً لم يحنث[١] بخلاف قوله: "والله ما تزوجت". لأن المراد من نكاح ماض الخبر عنه لا الملك؛ لأنه يجوز الخبر عنه بعد انقطاع الملك، ومن حيث يصح الخبر عنه يتعلق بالصورة لا غير؛ إلا أنه يحنث بالصحيح لقيام الصورة كما في الفاسد.

ولأبي حنيفة أن المقصود من الإذن في حق المولىٰ وجوب المهر بحيث يطالب به؛ لأن ملك المتعة يقع للعبد خالصاً علىٰ المرأة، وقدر ما يقع للمرأة علىٰ الرجل يقع تبعاً لأصل الملك[٢] المقابل بالمهر، فلا يعتبر له شرط علىٰ حدة، وإنما يعتبر المهر الذي يقابل الملك الأصلي والفاسد بعد الوطء في إيجاب المهر مثل الصحيح، فانصرف الإذن من المولىٰ إليهما جميعاً لما استوىٰ النوعان في حقه، فأشبه[٣] البيع والنّكاح في اليمين علىٰ الماضي، والله أعلم.

[٦٢١] مسألةٌ: العبد المأذون لا يملك تزويج الأمة، وكذلك المضارب والشريك شركة عنان(٤)، ومن لا يملك الكتابة لا يملك تزويج الأمة عند أبي حنيفة

---

[١] «ن» (لم يجب).

[٢] «ص» (لملك الأصل).

[٣] «ص» (وأشبه).

(٤) قولهم شركة عنان، مأخوذ من عنان الدابة، فإن الراكب يشغل إحدىٰ يديه بالعنان،=

ومحمد رحمهما الله.

وقال أبو يوسف رحمه الله: من ملك التجارة عامة[١] ملك تزويج الأمة لأن النكاح[٢] أنفع من التجارة، لأن التجارة تفيد مالاً بمال وهذا يفيد مالاً مع إبقاء أصل المال عليه.

وإنما تزول المتعة التي تزول بالبيع بخلاف الكتابة لأنها أضر من التجارة؛ فإن[٣] التجارة تزيل مالاً بمال، والكتابة تزيل العبد عن يده للحال بلا مال حقيقة؛ فإن دين الكتابة ليس بمال، بدليل أنه لا تصح الكفالة به[٤] ولا تجب فيه الزكاة، وإنما الواجب مطالبة بتسليم الكسب إليه، وقبل الكتابة كانت الأكساب له، والتسليم واجب على العبد، وكذلك المولى قبل الكتابة كان يملك استكسابه بلا عوض يلزمه، والآن إذا استكسبه وأخذها عتق عليه فثبت أن النفع كله للعبد بعقد الكتابة فلم يكن بمنزلة التجارة، بل كان أضر منها، ولا يملك بولاية التجارة إلا ما جانسها من تبادل[٥] مال بمال، أو كان أنفع منها من طريق الأولى[٦].

فأما ما لم يكن من جنسها وصفاً[٧] ولا مثلها رفقاً[٨] فلا يدخل تحتها بمنزلة

= والأخرى يصرفها كيف يشاء في غيره، كذلك شريك العنان، يتصرف من وجه في مال الشركة، ويتصرف مع ذلك لنفسه كيف شاء في غير مال الشركة. انظر: «شرح مختصر الطحاوي» (٣/٢٤٧).

[١] «ص» (عليه).

[٢] «ص» (الإنكاح).

[٣] «ن» (لأن).

[٤] «ص» (تجب به الكفالة).

[٥] «ن» (تناول).

[٦] «ص» (الأول).

[٧] «ص»، «أ» (وضعا).

[٨] «ص» (دفعا).

الوكيل بالبيع بألف يملك البيع بألفين ولا يملك بخمسمائة.

ولهما أن النّكاح ليس من جنس التجارة لأنها اسم لمبادلة مال بمال، فتحت[١] لها الحوانيت في الأسواق لطلب الربح على المال، والنّكاح تبادل[٢] ما ليس بمال بمال على ما مر بيانه، ولم يشرع لتثمير[٣] المال الذي هو غرض[٤] التجارة، ولا تثبت[٥] لها الأسواق المبنية للتجارات، فلا تثبت الولاية عليه قصداً بولاية التجارة لأنه غيرها[٦].

ألا ترى أنه لا تثبت الولاية على الكتابة بولاية التجارة، وأنه أمر معقول بنفسه ولا يلزم إهداء[٧] شيء من الطعام ونحوه من تبرعات لا بد للتجارة منه؛ لأنها ثبتت تبعاً للتجارة لمَّا لم يكن بدٌّ منها، والتبع يتبع متبوعه بعلته لا يحتاج إلى تعدي علة الأصل إليه ليثبت، والتعليل وقع بما ليس بتبع، ويفتقر إلى العلة في نفسه، فإذا لم يتعد إليه العلة لم يثبت.

فأما الجواب عن كلامه أن النفع لا يوجب ثبوت الولاية على أحد بنفسه: فإن الذي لا يملك التجارة لا يملك تزويج الأمة لأنه نفع، وإنما[٨] الحاجة إلى إثبات أنه من جنس التجارة. ألا ترى أن الوكيل بالبيع بألف درهم إذا باع بألف

---

[١] «ن»، «ص» (فتجب).
[٢] «ص» (تناول).
[٣] «ن» (لتميز)، «ص» (ليتميز).
[٤] «ن»، «ص» (عرض).
[٥] «أ» (ينسب).
[٦] «ص» (لأنها غيره)، «أ» (لأنها غيرها).
[٧] «ن» (هذا).
[٨] «ن» (وأما).

دينار لم يجز ، وإنه أنفع من الدراهم لأن الدينار ليس من جنس الدرهم ، فلم يدخل تحت تلك التسمية فصار خلافاً من الأصل صورة ومعنىٰ ، بخلاف ما إذا باعه بألفين ؛ لأن غرض[١] الألف من الألفين بعينه حاصل فلم يصر خلافاً معنىٰ ، وإنما خالفه في الصورة إلىٰ خير[٢] فلم يعتبر .

وفي مسألتنا جاء الخلاف صورة ومعنىٰ ؛ لأن معنىٰ التجارة تثمير[٣] المال ، ومعنىٰ النكاح تحصيل مصالح المعيشة وقضاء الشهوة علىٰ ما مر .

وكذلك لو أمره بشراء هذا العبد بألف درهم فقبل الوكيل العبد هبة لم يجز وإنها أنفع لأنها غير الشراء صورة وكذلك معنىٰ ؛ لأن الهبة لا تخلو عن معنىٰ المنة ، وهي بمعنىٰ القرض عرفاً وشرعاً ، وعقد التجارة يخلو عنها بمال يلتزمه وليس المال من جنس المنة ، والله أعلم .

---

[١] «ن» (عرض) ، «ص» (غرضه) .

[٢] «ص» (حين) .

[٣] «ص» (بتميز) .

فصل العدّة

|٦٢٢| [مسألةٌ][١]: ومن حِكم النّكاح العدة على الفراق بعد الدخول فإنها عند علمائنا أثر ملك النّكاح لم يجعل إلى الزوج قطعه كما تبقى حقيقة الملك بعد الطلاق الرجعي.

وقال الشافعي(٢) رحمه الله في قول: العدة تجب بالطلاق، فإنه يقول: من[٣] طلق امرأته ثلاثاً للسنة استقبلت العدة من التطليقة الثالثة، وقال في قول: لا تجب العدة بالطلاق، بل عنده لحق[٤] الماء استبراء له كما في استبراء المماليك.

أمّا الشّافعي رحمه الله فإنه احتج لمذهبه: بأن ملك النّكاح ملك استحلال على ما قلنا، وبعد الإبانة وسقوط خيار الرجعة لا استحلال بحكم ذلك الملك، وإنما يوجد بسبب جديد كما بعد انقضاء العدة، فعلمنا أن ذلك الملك فائت[٥]؛ فإن انعدام حكم السبب بلا مانع يدل على انعدام السبب، ولم ينعدم الحل في مسألتنا لمانع عارض بدلالة أنه لا يتصور حل بذلك الملك بحال، بل لفوات العلة بذهاب[٦] الملك، ألا ترى أن الرجعي على أصلكم لما لم يُفت شيئاً من الملك ولا أوجب خللاً فيه لم يوجب الحرمة.

---

[١] ما بين [ ] مثبت من «ن» فقط.

(٢) انظر: «الأم للشافعي» (٥/٢٥٧ ـ ٢٥٨)، «الحاوي الكبير» (١١/٢٢١ ـ ٢٢٢).

[٣] «أ» (متى)، «أ» كالمثبت.

[٤] «أ»، «ن» (بحق).

[٥] «أ» (ثابت).

[٦] «ن»، «ص» (وذهاب).

وعندي لما بقي الملك وكانت الحرمة لخلل عارض ثبت الحل بذلك الملك عند ارتفاع الخلل بالرجعة، وإنما بقي فيها من النّكاح ما يتوهم علوقها فيها منه فيلزمها صيانة الماء، ولهذا وجبت العدة بالأقراء التي تدل على براءة الرحم عن الماء غير أنها تعلقت عندنا بالأطهار، لأنها ثلاث ولا تخلو عن الحِيَض الدالة على البراءة؛ ولأنّ الطلاق السني مشروع في الطهر والعدة تعقبه، فصارت أولى من الحِيض لما لم يفت في التعلق[١] بها معنى الاستبراء، وزيدت على الواحدة احتياطاً لباب النّكاح ومائه، فإن الحامل ربما تحيض ندرة ولكن لا تكون عادة.

ألا ترى أن عدة الوفاة[٢] لما لم تكن لاستبراء الماء وجبت من غير توهم دخول، وكانت بالشهور[٣] في الآيسة[٤] والصغيرة وذات القرء، وهذا لأن ملك النّكاح ينتهي بالموت فجاز بقاء أثره بعده.

وأما الطلاق فيقطعه فلا يبقى له أثر كالبيع يقطع الملك فلا يبقى له أثر، وبالعتق يبقى أثره وهو الولاء لأنه ينهي حكم الملك.

وإذا كانت[٥] العدة عن الفرقة تجب لاستبراء الماء لم تتعلق به الأحكام المتعلقة بملك النّكاح كالعدة التي تجب عن الوطء بشبهة، ونفس الوطء بملك اليمين فإن الماء حاصل بذلك الوطء.

---

[١] «ص» (التعليق).

[٢] «س» (النكاح)، والمثبت من «أ»، «ن»، «ص».

[٣] «ص» (بالمشهور)

[٤] «ن»، حاشية «أ» زيادة: (الأمة).

[٥] «س» (كان).

ولأنّ عدة الطلاق لا تجب إلا عن وطء أو توهم وطء[١]، ولو وجبت حقاً للنكاح لوجبت قبل الدخول، لأن النّكاح قبل الدخول وبعده سواء، ولأنّ حرمة الثلاث منافية للنكاح فتنافي الحق أيضاً[٢]، ولأنّه لو وطئها وقال: "علمت بالحرمة" حُدَّ ولو بقي حق لما حدَّ.

|٦٢٣| **مسألةٌ**: ومنها أن هذه العدة لا تمنع نكاح أختها وأربعٍ سواها لأنه حكم مخصوص بملك النّكاح.

ألا ترىٰ أن الحرمة لا تثبت بملك اليمين وإن وطئها أو استولدها وقد زال ذلك الملك ألا ترىٰ أن الأحكام المختصة بذلك الملك كلها زائلة كالظهار والإيلاء وحل التمتع بها، فإنها لا تحل له بعد الإبانة إلا عن عقد جديد، ولا تحل بحال[٣] بملك[٤] ذلك النّكاح السابق، ولا يلزم علىٰ هذا سكناها بحيث يسكن الزوج لأن المخصوص بالنّكاح سكنىٰ مع الزوج مملوك للزوج حتىٰ إذا أذن لها بالخروج خرجت، وهذه سكنىٰ وجبت حقاً لله لصيانة الماء الذي وجبت العدة عنه حتىٰ لم يسقط بإسقاط الزوج[٥]؛ فإن هذا الماء له من الحرمة ما ليس له إذا كان الوطء بشبهة، ووجبت العدة؛ فإنه حرام وهذا حلال، وهذه كسكناها في بيت الزوج بعد موت الرجل وهي غير سكنىٰ النّكاح لأنها علىٰ الرجل وهذه علىٰ المرأة.

---

[١] «ن» (وظن).

[٢] «ن» (أصلا).

[٣] «ص» (بمحلل).

[٤] «أ» (لملك).

[٥] «ص» (بإسقاطه للزوجة).

ولهذا قالوا: إنها إذا جاءت بولد في العدة لم يثبت النسب إلا على اعتبار العلوق في ملك النّكاح قبل الفرقة، لأنه مخصوص بملك المتعة، أما عن ملك نكاح أو ملك يمين ولا ملك بعد الفرقة.

ولذلك[١] قلتم: لو حلف الرجل[٢] فقال لامرأته: "إن تزوجتُ عليك امرأة فالتي أتزوجها طالق"، فأبان هذه ثم تزوج أخرى في عدة منها[٣] أن الثانية لا تطلق؛ لأنه لم يتزوج عليها. ولأنّها عدة خلت عن ملك النّكاح فلا يحرم نكاح أختها قياساً على الوطء بشبهة.

دلّ عليه أن الجمع بين الأختين حرام لما قال النبي ﷺ: «فإنكم إذا فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم»(٤).

وتأويله أن ملك النّكاح سبب لغيرة كل واحدة منهما على صاحبتها[٥] على وجه لا يوجد عند عدمه فتحملها تلك الغيرة على مضارة الأخت كما يوجد عادة بين الضرائر فتوجب قطيعة الرحم بينهما، فاعتبر الشرع هذه الغيرة[٦] في حق قطيعة الرحم لأنها تفرعت عن ملك النّكاح، وأنه محترم ومحبوب إلى الله تعالى على ما مر.

---

[١] «ص» (وكذلك).

[٢] «ص» (فيمن حلف).

[٣] «ن»، «ص»، وحاشية «أ» (منه).

(٤) رواه الطبراني في الكبير (١١/٣٣٧) برقم (١١٩٣١) بهذا اللفظ، وابن حبان (٩/٤٢٦) برقم (٤١١٦)، وابن عبد البر في التمهيد (١٨/٢٧٨) بلفظ: «إنكن إذا فعلتن ذلك قطعتن أرحامكن».

[٥] «ن»، «ص»، وحاشية «أ» (صاحبه).

[٦] «ن» (العبرة).

والملك قد انقطع بالإبانة[١] ، فالغيرة بعد ذلك إنما تكون بسبب المحبة عن شهوة كما يوجد مثلها في غير الملك وأنها معصية لا حرمة لها ، ولكنها منعت عن الأزواج[٢] صيانة للماء عن الخلط ، وهذا المعنىٰ معدوم من جانب الرجل ؛ قال: ولا معنىٰ لاحتجاجكم بقوله الله تعالىٰ: ﴿وَأَن تَجۡمَعُواْ بَيۡنَ ٱلۡأُخۡتَيۡنِ﴾ [النساء: ٢٣] ؛ لأنه لا يجوز الحمل علىٰ عمومها[٣] ابتداء ، فالتفريق بينهما من كل وجه مع ما أنه بينهما[٤] من سبب التقريب بينهما غير جائز ، فيصير المراد به بعضه وذلك مجهول فلا يصح الاحتجاج[٥] إلا بعد البيان ؛ ولأنّه عطف علىٰ قوله: ﴿حُرِّمَتۡ عَلَيۡكُمۡ أُمَّهَٰتُكُمۡ﴾ [النساء: ٢٣] ، والمراد بالتحريم النّكاح الذي هو قائم مقام المتعة ؛ لأنه لا يُعقد إلا لها ، فصار المحرم هو التمتعَ والنّكاح القائم مقامه ، ولا خلاف فيه ، فكذلك في قوله: ﴿وَأَن تَجۡمَعُواْ بَيۡنَ ٱلۡأُخۡتَيۡنِ﴾ هو التمتعَ بهما[٦] جميعاً أو النّكاح ولا خلاف فيه.

ألا ترىٰ أنه قال: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمۡ﴾ ، وهو إحلال التمتع بالسبب المشروع لإفادة ملك التمتع وإنما الإشكال في أن هذه العدة هل هي بمنزلة النّكاح أم لا ؟

---

[١] «ن» ، «ص» ، وحاشية «أ» (بالفرقة).

[٢] «أ» ، «ص» (الازدواج).

[٣] «أ» (عمومه).

[٤] «ص» (معاينتهما).

[٥] زاد في «أ» (به).

[٦] «ص» (بينهما).

|٦٢٤| مسألةٌ: ومنها أن الطلاق لا يعمل من الرجل عليها في هذه الحالة لأنه تصرفٌ مملوكٌ بملك النكاح لا بملك آخر، وملك النكاح منقطع على ما بينًا.

وكانت هذه كالموطوءة عن شبهة، والطلاق لا يعمل عليها. فعلم أن الطلاق لا يملك بوجوب العدة عن[١] مائه على المرأة.

وهذا كما قالوا جميعاً أنه لا يعمل عليها كنايات الطلاق فكذلك صريحه؛ لأن التكلم بالمجاز والحقيقة سواء في إفادة[٢] الحكم وصحته في نفسه، وكذلك الخلع باطل ولو بقي الملك عليها لصح الاعتياض عليه.

|٦٢٥| مسألةٌ: ومنها أن المبتوتة لا نفقة لها لأنها استحقتها[٣] صلة للزوجية، وقد انقطعت الزوجية بينهما على ما ذكرنا إلا أن[٤] تكون حاملاً فتستحق صلة حضانة الولد[٥] كما بعد انقضاء العدة بالولاد[٦] إذا كانت ترضعه وتحضنه.

دلّ عليه أن الاحتباس عليها بعد الفرقة لمكان الماء فلا يجوز أن تكون نفقة مدة الاحتباس على [الزوج][٧] بسبب أنه كان زوجاً؛ إنما تجب لو وجبت بسبب

---

[١] «ن»، وحاشية «أ» (على).

[٢] «ن» (إرادة).

[٣] «ن» (استحقته).

[٤] «ص» (أن لا).

[٥] «أ» (صيانة للولد وحضانة له).

[٦] «ص» (بالولاء).

[٧] ما بين [ ] ليس في «س»، والمثبت من «أ»، «ن»، «ص».

أنه صاحب الولد، وبهذا[١] السبب لا تجب بالإجماع قبل تحقق الحمل، وهذا كالمتوفىٰ عنها زوجها تحتبس[٢] ولا نفقة لها، واحتج أيضاً بقول الله تعالىٰ: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ﴾... إلىٰ قوله تعالىٰ: ﴿وَإِن كُنَّ أُولَاتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦]. أمر بالإسكان علىٰ العموم، ولما جاء إلىٰ النفقة خص[٣] أولات الأحمال فثبت أنهما لا سواء؛ ولأنّه علق[٤] النفقة بشرط الحمل فلا يوجد قبله.

وروي عن فاطمة بنت قيس أنها قالت: طلقني زوجي ثلاثاً وخرج إلىٰ اليمن، ووكل أخاه بالنفقة عليّ، فخاصمته إلىٰ رسول الله فلم يجعل لي نفقة ولا سكنىٰ(٥).

وفي بعض الروايات[٦] قال: «لا نفقة لك إلا أن تكوني حاملاً، إنما النفقة لمن يملك الزوج رجعتها»(٧).

فالشافعي جعل العدة لمكان الماء وهو ظاهر؛ فإنها وجبت عن الوطء بشبهة، وبإعتاق أم ولده ولا نكاح ثمَّ، وجعل علة وجوبها الفرقة فإنها سبب لحل سائر الأزواج لولا العدة وبذلك تختلط المياه.

ولعلمائنا: أن هذه عدة عن نكاح فتجب قضاء لحقه قياساً علىٰ عدة الوفاة؛

---

[١] «أ» (ولهذا).
[٢] «أ» (تحبس).
[٣] «ص» (وخص في الآخر بالإنفاق أولات الحمل).
[٤] «ن» (علىٰ).
(٥) رواه مسلم برقم (١٤٨٠).
[٦] «ص»: (وفي رواية)، زاد في حاشية «أ» (أن النبي ﷺ).
(٧) رواه مسلم برقم (١٤٨٠).

فإنها تجب قضاء لحقه[١] بدليل أنها تجب بلا توهم ماء، وتجب بالأشهر دون الأقراء، وبالقرء[٢] شرع الاستبراء، وقال ﷺ: «**لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت [فوق ثلاثة أيام][٣] إلا على زوجها أربعة أشهر وعشراً**»(٤).

وما للزوج حق على المرأة على الاختصاص تجب به زيادة الإحداد[٥] على موته إلا حق النكاح، ولأنّ الزوج مالك، والملك في المملوك لا يبطل بموت المالك كملك اليمين، وملك النكاح لا يورث، ولم يمكن الإبقاء[٦] بلا مالك فتصير موقوفة معلقة مظلومة فأوجبت العدة لينقطع الملك بمضيها ليصير حق الزوج مؤدى بالبقاء على ملكه مدة، ويعود حق المرأة في نفسها إليها، وكذلك الطلاق الرجعي يوجب العدة مع قيام الملك[٧]، فكانت العدة لتأخر الفرقة[٨] وإبقاء الملك حقاً للزوج فلا إشكال أنه قضاء لحق النكاح للرجل.

فكذلك ما نحن فيه؛ لأنه كان للرجل عليها نوعا ملك، ملك الأصل: الذي هو المحلل للوطء بمنزلة ملك[٩] العين، وملك يد: لقبض[١٠] ذلك الملك[١١]،

---

[١] «ص» زيادة: (بالإجماع).

[٢] «ن» (وبالغير).

[٣] ما بين [ ] ليس في «س»، «أ»، «ن»، والمثبت من «ص».

(٤) رواه البخاري برقم (١٢٨٠)، ومسلم برقم (١٤٩٠).

[٥] «ن»، وحاشية «أ» (الحداد).

[٦] «ص» (الإيجاب).

[٧] «س» (العدة)، والمثبت من «أ»، «ن»، «ص».

[٨] «ص» (الملك).

[٩] «ن»، «ص» (حكم).

[١٠] «ن» (تقتضي)، «أ» (بقبض)، «ص» (يقبض).

[١١] زيادة: (الأصلي).

وبقدر ما ملك منها تثبت[١] اليد للمالك كما في ملك اليمين ، وبها تحتبس عنده ، وتجب النفقة لها ، وهذا الملك يبقىٰ بالعدة لأنها تبقىٰ محتبسة عنده إن زال بالإبانة ملك الأصل ، فيكون الباقي من حق نكاح الرجل كالملك الباقي بعد طلاق رجعي ، إلا أن لله تعالىٰ في العدة حقاً ، وكذلك في الاحتباس الثابت فلم يسقط بإسقاط الرجل ، لهذا[٢] زيد علىٰ قرء واحد ، وبه يقع الاستبراء.

وكذلك المرأة كما تصير مملوكة بالعقد تصير فراشاً لنسب أولادها له ، فإنها إذا ولدت بعد النّكاح لمدة يحدث فيها الحبل ثبت النسب ، وإن لم يبن بها[٣] الزوج ولم يطأها سواء أمكن الوطء أم لا ، عندنا وعندكم إذا كان الوطء ممكناً وإن لم يطأها ، أو وطئها واستبرأها بحيضة وحلف[٤] علىٰ ذلك وأنه حق مملوك بالنّكاح كاليد التي قلناها لأن الولد والنسب أهم مقاصد النّكاح ، وما شرع النّكاح من حيث الحكمة[٥] إلا للولد ، ولا صلاح للولد إلا بالنسب ، ولا نسب[٦] إلا بالفراش ، والفراش الموجب للنسب باق بعد الإبانة ما بقيت العدة ؛ فإنها إذا جاءت بولد تلد لمثلها النساء من علوق قبل الإبانة ثبت النسب لقيام الفراش ولو كان منقطعاً لم يثبت ، إلا إذا جاءت لأقل من ستة أشهر التي فيها يقين بالعلوق قبل الانقطاع كما إذا كان الطلاق قبل الدخول فولدت لم يثبت النسب إلا إذا ولدت لأقل من ستة أشهر.

---

[١] «أ» (ثبت).

[٢] «أ» (ولهذا).

[٣] «ن» زيادة: (إلىٰ).

[٤] «ص» (وحملت).

[٥] «ص» (الجملة).

[٦] «ص» (يثبت).

وكذلك إذا أقرت بانقضاء العدة بعد الدخول ثم ولدت لم يثبت النسب إلا أن تلد لأقل من ستة أشهر، فلما ثبت ها هنا إلا أن تلد لأكثر من سنتين من يوم الإبانة علم أن الفراش قائم لإثبات نسب موهوم قبل الطلاق.

﴿ فإن قيل: لو كان الفراش قائماً لثبت وإن علقت بعد الإبانة كما في حال قيام النّكاح.

﴿ قلنا: مع قيام الفراش لا بد من الماء لثبوت النسب؛ فإن امرأة الصبي إذا جاءت بولد لم يثبت النسب والملك قائم والوطء حلال؛ لأنه لا ماء للصبي، فكذا الكبير وإن كان له ماء فماؤه لا يوجب نسباً إلا إذا كان الوطء حلالاً له بملك أو تأويل ملك، فأما إذا انقطع الملك ولم يبق له تأويل بذلك[١] الماء في أنه لا يوجب نسباً كاملا[٢]، فلم يثبت نسب الولد.

وإن ولدت على الفراش كامرأة الصبي الذي لا ماء له فصار علامةُ قيام الفراش أن يثبت النسب بماء يتوهم أنه منه في الجملة وإن لم يتيقن به أو تيقن بأنه لم يطأها، وذلك التوهم بأن يكون من أهل الماء حساً ثم الإعلاق شرعاً، وذلك حال ملك قائم أو تأويل ملك.

﴿ فإن قيل: لو كانت يد الملك باقية لثبت به النسب كيد المكاتب.

﴿ قلنا: للمكاتب حق ملك مع اليد والمرتهن له يد مملوكة ولا يثبت بها[٣] نسب ولا يجوز بيعه بتلك اليد؛ لأنه يبطل به ملك الراهن كما لا يجوز بيع الراهن

---

[١] «س»، «أ»، «ن» (فذلك)، والمثبت من «ص».

[٢] «س»، «أ»، «ن» (كلا ماء)، والمثبت من «ص».

[٣] «أ» (له).

لأنه يبطل يد المرتهن؛ إنما يجوز التصرف بالملك إذا لم يبطل به حقاً للغير، ولهذا حددنا من وطِئَ المطلقة ثلاثاً وقال: علمت أنها عليَّ حرام؛ لأنه لم يبق له فيها شبهة ملك ولا تأويل إباحة شرعاً لإجماع الناس على ثبوت الحرمة الغليظة، وإنما بقي فراش مثبت لنسب ولد يتوهم أنه من مائه قبل الطلاق، والمثبت توهم وطء قبل الطلاق فلا يوجب شبهة بعده، فثبت أن العدة عن طلاق حق الزوج مملوك بالنّكاح وهو ملك اليد أو الفراش إن لم يكن له يد[١] كما في الأمة المنكوحة التي لم يبوئها المولى بيتاً[٢]؛ ولأنّها بالنّكاح حرمت على سائر الأزواج حقاً للزوج لتخلص له؛ فإنه أعظم حق له، فطبع الفحل لا يحتمل الشركة في هذا الباب.

وكذلك نسب ولده كان يبطل بالشركة لمعنى الاشتباه، وقد بقي بالعدة، فثبت أنها تقضي بالعدة حقَّ نكاحه من هذه الأوجه[٣]، ومعنى الاستبراء إن اعتبر فهو تبع.

ألا ترى أن نساء رسول الله ﷺ لم يحللن بعده لأحد[٤] حقاً لرسول الله على الخصوص.

❁ فإن قيل: لو كانت تجب لحق نكاحه لوجبت قبل الدخول وبالأشهر كعدة الوفاة.

❁ قلنا: إنه حق نكاحه ولكن نكاح يتأكد حكمه، والتأكد بالموت وبالدخول.

---

[١] «ن» (يد).

[٢] «ن» (ثيبا).

[٣] «ص» (هذا الوجه).

[٤] زاد في «أ» (بعده).

ألا ترىٰ أن المهر الذي هو حكمه إنما يتقرر واجباً كذلك إما بالموت وإما بالدخول؛ ولأنّ الطلاق قبل الدخول يشبه الفسخ علىٰ ما بينا في مسائل المتعة، ولهذا يسقط[١] بعض البدل، وهذا[٢] الحق وجب حقاً للنكاح إذا قطع أو اتصل به سبب قطع مع بقاء العقد وحكمه فيما قبل السبب ليكون قضاءً لحق ما كان ثابتاً به، فأما الفسخ فيرفع العقد والحكم من الأصل، فجاز أن لا يجب إذا ارتفع أصلاً قضاءُ حق.

وأما الأشهُر فالجواب عنه: أنَّ تأكد حكم[٣] النّكاح بأحد أمرين بالوفاة وبالوطء، ومدة العدة نوعان: الأشهر والأقراء، فقيل إذا تأكد بالوفاة فالأشهر أولىٰ لأنه لا ماء فيه، وإذا كان[٤] بالوطء فالأقراء أولىٰ لما فيه من الماء ليتأدىٰ معنىٰ الاستبراء عن الماء بالعدة تبعاً بقضاء[٥] حق النّكاح ثم لم يتغير الحكم في الوفاة باتصال الوطء به، ولا يعدم الماء لجواز[٦] أن يكون الواطئ صبياً ثم وقعت الفرقة بردة أو ثبوت حرمة مصاهرة؛ فإنها تعتد بالأقراء إلحاقاً للأفراد عن العلة بالجملة وتعليقاً للحكم بالسبب الظاهر تيسيراً علىٰ ما عرف.

ووجه آخر: أن هذا تربص يجب علىٰ المرأة عند ثبوت حرمة الوطء، والاستبراء عن الماء يجب علىٰ الرجل عند استحداث ملك الوطء؛ لأنه يجب صيانة عن خلط المياه لصيانة النسب، وهذا الخوف إنما يتحقق عند حل الوطء

[١] «أ» (سقط).
[٢] «ن» (وهو).
[٣] «ص» (حق).
[٤] «أ» (كانت).
[٥] «ن»، «ص»، «أ» (لقضاء).
[٦] «س»، «أ»، «ن» (نحو)، والمثبت من «ص».

لواطئ[١] آخر مع توهم ماء فيها لغيره، فأما عند الحرمة فلا خوف شرعاً لأن الحرمة مانعة فوق الحرمة بالاستبراء، وكذلك تجب[٢] علىٰ صاحب الماء؛ لأن النسب له لا للمرأة، والصيانة واجبة للنسب حتىٰ لم تجب عن ماء الزنا، فلما وجبت علىٰ المرأة ها هنا عند حرمة الوطء علم أنه حق نكاح لأن ملك النّكاح كان[٣] للرجل عليها علىٰ ما مر، وأنَّ حديث[٤] الماء فيه تبع كما كان تبعاً[٥] حقيقة في أمر النسب؛ فإنه يثبت إذا كان من أهل الماء وإن لم يطأها.

ووجه آخر: أن العدة تتنصف[٦] بالرق فثبت أنها من جملة ما مُلك عليها بالنّكاح، فأصل ملك النّكاح علىٰ الأمة نصف ما علىٰ الحرة علىٰ ما ذكرنا في موضعه.

وكذلك القَسم الثابت لها بحق هذا الملك نصف ما للحرة؛ فكذلك العدة الواجبة قضاء لحق هذا الملك تنصف، ولو كانت للماء لاستويا، فالماء في حق النسب بنكاح الأمة والحرة سواء.

❁ **فإن قيل:** حرمة الزنا سواء في حق الأمة والحرة، وحد الأمة علىٰ النصف.

❁ **قلنا:** لأن الحد كما يزداد بزيادة الحرمة يزداد بزيادة نعمة الله علىٰ مرتكب سببه[٧] علىٰ ما بينا في الحدود، فازداد علىٰ الحرة بزيادة نعمة الحرية،

---

[١] «أ» (الواطئ).

[٢] «ص» (وذلك يجب).

[٣] «ص» (جاز).

[٤] «ص» (أمر).

[٥] «ن»، وحاشية «أ» زيادة: (في نفسه).

[٦] «أ» (أنه تنصيف بالرق).

[٧] «ص» (علىٰ من يكسب سيئة).

وما لنعمة الواطئ[1] وراء الفراش أثر في زيادة حكم في ثبوت النسب.

فأما العدة عن وطءٍ بشبهة أن الحرام لا يجعل أصلاً فإنه منهي عنه، وإنما الأصل هو الحلال، ثم الحرام يبنى عليه تبعاً له، فنقول: كان ينبغي أن لا تجب هذه العدة لأنه ليس ثَمَّ[2] حق نكاح، لكنها لما أوجبت[3] المهر لها بالوطء وأنه بدل النّكاح لزمها ضمان تربص الزوجات؛ فإنه كذلك شرع في النّكاح، وما لتقوُّم ما يستوفى بالوطء طريق غير الاعتبار بالنّكاح، فالعقر[4] في حكم بدل الأجزاء على ما مر، وما يجب بدلَ جزأيها إلا إذا بقي لها نقص حتى [إذا][5] استُوفي جزاء ثم استوفي لم يجب [شيء][6] ولا نقصَ في وطء الثيب، فكان ينبغي أن لا يجب شيء، وإنما وجب بالنّكاح[7] شرعاً بخلاف القياس.

وكذلك عدة أم الولد عندنا ثلاث حيض لأن لها فراشاً كما في النّكاح، بل النّكاح ما يثبت الحرمات إلا للفراش والنسب، وكذلك النّكاح الفاسد لأنها[8] تصير فراشاً بالوطء ويثبت النسب، ونصوص تدل لما قلناه ذكرناها في مسألة تحريم نكاح الأخت في عدة الأخت، فإذا عرفنا هذا خرِّجت المسائل منها، إرث امرأة الفار بقيام العدة وكذلك زوج[9] الفارَّة.

---

[1] «ص» (الوطئ).

[2] «أ» (ثمة).

[3] «ن» (أخذت)، «أ» (أوجب).

[4] «ن» (فالفقر)، «ص» (فالمهر).

[5] ما بين [ ] ليس في «س»، والمثبت من «أ»، «ن»، «ص».

[6] ما بين [ ] ليس في «س»، والمثبت من «أ»، «ن»، «ص».

[7] «ص» (النكاح).

[8] «أ» (لا).

[9] «ص» (زوجة).

|٦٢٦| **مسألةٌ**: أمّا[١] نكاح الأخت في عدّة الأخت من طلاق بائن أو نكاح فاسد، وكذلك حرمة أربعسواها، فلما مرّ أن حرمة الأنكحة إذا تعلقت بمعنى تعدت إلى حقوق ذلك المعنى وتثبت بها.

ألا ترى لما ثبتت[٢] بالماء ثبت بالرضاع الذي هو في الإنشاء[٣] كالحق من الحقيقة، ولمَّا ثبت حرمة الصهر بالوطء تعدى إلى النّكاح الذي شرع للوطء، وتصير المرأة به موطوءة حكماً في حق النسب، وكذلك ملك اليمين لما حرَّم النّكاح ثبت بحق الملك كملك المكاتب وحقِّ المولى في أمة المكاتب أيضاً. فكذلك ها هنا تبقى بالعدة حرمة أنكحة ثبتت بحقيقة ملك النّكاح لأن العدة حقه.

ولمَا ذكرنا أن الفراش لحق النّكاح يبقى بالعدة، وحرام عليه إثبات خمس فرش بالنّكاح، أو إثبات الفراش على الأختين، فالفراش في النّكاح من حيث الفرض[٤] والحكمة فوق المس عن شهوة، وإنه لا يحل أن يمس خمس نسوة عن شهوة بطريق النّكاح ولا الأختين فالفراش[٥] أولى، ولما ذكرنا أن ملك اليد الثابت بالنّكاح باق ببقاء العدة، وهذا الملك ثابت بالنّكاح وحرم عليها بسبب جملة ملك النّكاح سائر الأزواج حقاً للرجل[٦] من حيث عود الفائدة إليه على ما ذكرنا، فكانت ثمرة من ثمرات هذا الملك، وإنه يوجب الثمرات على الشركة،

---

[١] «ص» زيادة: (حرمة).

[٢] «أ» (ثبت).

[٣] «ص» (الإنسان).

[٤] «ن»، «أ» (الغرض).

[٥] «أ» (بالفراش)، «ص» (والفراش).

[٦] «ص» (للزوج).

فأوجب حرمة الخامسة والأخت لفائدة[١] تعود إليها، فالغيظ يزداد[٢] بزيادة الشركة كما يثبت[٣] بأصل الشركة.

وكذلك ألا ينقطع الرحم بينهما بمضارة[٤] الضرائر فائدة تعود إليها، ثم الحرمات بقيت عليها ببقاء العدة وملك اليد، فبقيت لها؛ فإن الغيظ والغيرة[٥] بدخول الشريكة عليها وهي عنده محبوسة بحق النّكاح.

ولا حظ لها من الزوج من حيث الطبع فوق ما يكون لها حظ من الزوج حال قيام النّكاح، فصارت معتبرة وإن حرُمت، لأن الباعث ما عليها من ملك النّكاح وهو ملك اليد، وإنه أوجب لهما الحق على الشركة.

فأما إذا ذهبت العدة فقد حل[٦] لها غيره كما حلت له أختها وأربع سواها، وإن لحقها غيظ لم يكن لقيام حق قائم للنكاح فلا يعتبر.

وكذلك العدة عن النّكاح الفاسد؛ لأن الفراش الصحيح[٧] ثابت في حق العدة عن الفاسد مضافاً إلى النّكاح، وقد ذكرنا أن استفراش أختين أو خمس بالنّكاح حرام، والفاسد من العقود فيما يلتحق بالصحيح حكمه معتبر به، ولا يلزم إذا قال الرجل: "أخبرتني أن عدتها قد انقضت" وأنكرت المرأة لأن التعليل

---

[١] «ن» (لعائدة).

[٢] «ص» (فالغبطة تزداد).

[٣] «ص» (بقيت)

[٤] «ص» (بمضادة).

[٥] «ن»، «ص» (العبرة).

[٦] «ن» (حلت).

[٧] «ص» (فراش الصحيح).

لبقاء الحرمة بالعدة على الشركة لا لوجوب بقاء العدة في حق الرجل إذا بقيت في حق المرأة.

وها هنا لا عدة عليها في حق الرجل؛ لأن خبره حجة في حقه دون حقها، فثبت الانقضاء بقدر الحجة.

أما[١] النصوص: فقول الله تعالى: ﴿وَأَن تَجْمَعُوا۟ بَيْنَ ٱلْأُخْتَيْنِ﴾ [النساء: ٢٣]. والمراد بهذا التحريم ما أريد بقوله: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَـٰتُكُمْ﴾ [النساء: ٢٣] لأنه عُطف على ذلك التحريم، وذلك التحريم أوجب حرمة النكاح والاستمتاع والاستفراش جميعاً، ولهذا يحرم الجمع بين الأختين وطئًا بملك اليمين، وفيما قلنا[٢] جمع بينهما فراشاً على ما مر.

وعن النبي عليه: «لا يحل لرجل يؤمن بالله واليوم الآخر أن يجمع ماءه في رحم أختين»(٣)، ومن أباح هذا النكاح فقد أحل.

وعن عَبيدة السلماني[٤] قال: (ما اجتمع أصحاب رسول الله ﷺ كاجتماعهم على تحريم نكاح الأخت في عدة الأخت ومحافظة الأربع قبل الظهر[٥])(٦).

---

[١] «أ» (وأما).

[٢] «ن»، وحاشية «أ» (قلتم).

(٣) لم أقف عليه، وقد قال ابن عبد الهادي: «هذا الحديث لم أر له سندًا بعد أن فتشت عليه في كتب كثيرة» تنقيح التحقيق (٣٤٥/٤)، وقال ابن الملقن في البدر المنير (٥٩٦/٧): «غريب جدا لا يحضرني من خرجه بعد البحث الشديد عنه سنين».

[٤] «ن» (البيلماني).

[٥] «ص» (الطهر).

(٦) لم أقف عليه.

وعن سليمان بن يسار: أن رجلاً طلق امرأة من نسائه ثلاثاً وهن أربع، ثم تزوج خامسة في عدتها، فرفع ذلك إلىٰ مروان بن الحكم فشاور مَن بقي من الصحابة فأجمعوا علىٰ التفريق بينه وبين الخامسة(١).

ومثله عن علي رضي الله عنه في نكاح الأخت في عدة الأخت عن طلاق بائن(٢)، ومثله عن ابن مسعود رضي الله عنه في نكاح الخامسة، وما لهم إلا مذهب زيد.

وروىٰ أبو يوسف في "الإملاء" عن سفيان الثوري بإسناده عن زيد أنه رجع إلىٰ قول أصحابه.

وعن زيد رضي الله عنه أنه سئل عمن تزوج خامسة في عدة الرابعة فقال: "لا يجوز، أرأيت لو مات أكان تعتد منه خمس نسوة؟ "(٣) فعلل للحرمة بالعِدد[٤]، وهذه العلة تعم الرجعي والبائن، ونحو[٥] مذهبنا عن ابن عباس.

---

(١) رواه ابن أبي شيبة في مصنفه (٤/٢٤٥) برقم (١٧٠١٩) عن ابن جريج، عن عمرو بن شعيب قال طلق رجل امرأة ثم تزوج أختها قال ابن عباس لمروان فرق بينه وبينها حتىٰ تنقضي عدة التي طلق.

(٢) رواه عبد الرزاق في مصنفه (٦/٢١٨) برقم (١٠٥٧٠) عن الحسن بن عمارة، عن الحكم، عن عبد الرحمن بن أبي ليلىٰ قال: سئل علي رضي الله عنه: عن رجل كانت تحته امرأة فطلقها فبانت منه، ثم تزوج أختها في عدتها قال: «يفرق بينهما».

(٣) رواه عبد الرزاق في مصنفه (٦/٢١٧) برقم (١٠٥٦٦) عن الثوري، عن أبي الزناد، عن سليمان بن يسار، لا أعلمه إلا عن زيد بن ثابت قال: «إذا طلق الرابعة من نسائه، فلا يتزوج حتىٰ تنقضي عدة التي طلق».

[٤] «ص» (بالعدة).

[٥] «ص» (ونحن).

|٦٢٧| مسألةٌ: والمطلقة بمال يلحقها الطلاق في العدة عندنا ، وإن سلمنا أن أصل[١] ملك النّكاح منقطع لأن الطلاق ما شرع لإزالة الملك ، وإنه يتم من غير إزالة أصل الملك فلا يشترط قيام أصل الملك لصحته كما لا يشترط قيام ملك اليمين لصحته ؛ لأنه يصح من غير إزالة ملك يمين ، ولا يشترط قيام ملك النّكاح لصحة البيع لأنه يصح من غير إزالة ملك نكاح ، ولا يشترط ملك الرقبة لصحة الإجارة لأنها تصح من غير أن يزيل ملك الرقبة ؛ وهذا لأن الملك إنما يشترط لصحة التصرف كثبوت[٢] الولاية لإثبات حكمه في محل التصرف ؛ فإنه لا يثبت بغير[٣] ولاية ، فيشترط إذا بقدر[٤] ما يزول من الملك بتصرفه لا أكثر منه ، وإنه باب لا شبهة فيه.

والشبهة في بيان حكم الطلاق وصحته بدون إزالة أصل الملك.

ودليله: أن الطلاق الرجعي واقع نافذ[٥] صحيح ، ولا يزيل أصل الملك ، وإن خالَفَنا الخصم فيه ضرب خلاف[٦] ، فالطلاق الثاني بعده نافذ ولا يزيل شيئاً بنفسه ، بل الحكم باق علىٰ ما كان قبله من كل وجه علىٰ أن الأول إن حرّم الوطء فما أزال أصل[٧] الملك ، ولئن أزال ، فالثاني صحيح بلا خلاف بعد زواله ، فليصح[٨] كذلك بعد الطلاق بمال.

---

[١] «ن» (أصلك).

[٢] «ن» ، وحاشية «أ» (لثبوت).

[٣] «ص» (بعد).

[٤] «ص» (فيه شرط إذا تعذر).

[٥] «س» (نافع) ، والمثبت من «أ» ، «ن» ، «ص».

[٦] «ص» (ضرب طلاق).

[٧] «ن» (أصلك).

[٨] «أ» (فيصح).

فإن قيل: إنما يصح لأنه انعقد مزيلاً بشرط[١] انقضاء العدة.

قلنا: لو كانت الصحة لذلك لبطل إذا راجعها وامتنع الزوال فلا علة بلا حكم[٢] كالبيع بشرط الخيار لمَّا صح لزوالٍ في الثاني قيل: إذا رجع فيه البائع وامتنع الزوال بطل البيع.

❁ فإن قيل: إنما صحا[٣] لأنهما انعقدا مزيلين للملك الأصلي إذا تم العدد ثلاثاً، فكان الحكم متأخراً لا متقدماً[٤].

❁ قلنا: لو طلقها ثم راجعها ثم طلقها وتركها حتى بانت فالأول صحيح وما أزال ملك النّكاح القائم؛ فإنه زال بالثاني دونه، فإنه بعد الرجعة لا يزيل، ولا يزيل بالثالثة؛ فإن الثالثة تزيل ملكاً جديداً والطلاق في ملك لا يعمل في إزالة ملك آخر يحدث بعده فثبت أنه صح[٥] لحكم آخر وهو إزالة الحل الذي يبتني عليه جواز العقد متى تم ثلاثاً؛ فإنّها تصير بالثلاث محرمة كالأم، إلا أنه إلى غاية، فصح لتلك[٦] الإزالة فإن الحل واحد وإن اختلفت الأنكحة، فثبت أنه لا ينعقد صحيحاً لإزالة أصل ملك النّكاح، فلا يشترط[٧] قيامه لنفاذه.

❁ فإن قيل: أليس لا ينفذ في غير العدة[٨] والحل الذي قلتَه قائم؟

---

[١] «أ» (منه بلا شرط).

[٢] «ص» (حكمها).

[٣] «ن» (صححناه)، في حاشية «أ» (صححنا).

[٤] «ص» (منعدما).

[٥] «أ» (صحيح).

[٦] «ص» (تصح ليملك الإزالة).

[٧] «ص» (يسقط).

[٨] «ص» (العلة).

۞ قلنا: لما كان ينفذ لإزالته لم يكن بدٌّ من ضرب ملك لنفاذه يتصل بذلك الوصف، فالمرأة من حيث جعلت محللة تملك بالنّكاح[١] ملك أصل وملك يد على ما عرف، فإذا لم يشترط لصحته[٢] ملك الأصل لما قلنا لم يكن بد من ملك اليد، ألا ترى أن البيع لما وجدناه يصح بدون إزالة أصل ملك الأصل عن البائع لم يشترط لنفاذه ملك الأصل حقيقة، ونفذ[٣] بملك اليد كالمكاتب يجوز بيعه وماله إلا ملك يد فإنه[٤] لا يملك الأصل حقيقة حتى لا تحرم عليه الصدقة[٥]، ولا يفسد نكاح امرأته إذا اشتراها.

وكذلك المضارب يبيع من رب المال [فيجوز][٦] وما للمضارب ملك أصل إذا لم يكن فيه ربح، وإنما له ملك يد، وقد ذكرنا أن ملك اليد باق ببقاء العدة بخلاف العدة عن نكاح فاسد؛ لأنه التحق بالصحيح بالفراش لا بالملك؛ ألا ترى أنها لا تحتبس عنده ولا نفقة لها ولا يلزم عدة الأمة عن نكاح؛ فإن الطلاق يلحقها ولا نفقة لها إذا لم يكن المولي بوأها بيتاً عند الزوج، وذلك لأن حق المولي في الاستخدام منع الاحتباس عند الزوج، وعُرِف يد الزوج فيها بأن جعل له الشرع وطئها فإنه القبض الحقيقي، وصارت في حكم يده بقدر ما وجب له[٧] الملك فيها بالنّكاح، وإنه في حكم ملك العين[٨][٩] على ما بينا في موضعه،

---

[١] «ن» (النكاح).

[٢] «ص» (لصحة).

[٣] «ن» (تملك).

[٤] «أ» (لأنه).

[٥] «أ» (الأصل).

[٦] ما بين [ ] ليس في «س»، والمثبت من «أ»، «ن»، «ص».

[٧] «ص» (لجهة).

[٨] «ن»، وحاشية «أ» (الغير).

[٩] «ص» زيادة: (لا).

[وما دامت في العدة فهي في وبال الوطئ بدليل ثبوت النسب كما في الحرة، فيبقىٰ به حكم اليد][١]، وكذلك الحرة الناشزة، و[٢] كذلك الفاسد لأن الشرع حرم وطئها فلا يثبت اليد عليها بالوطئ؛ فإنها حرة في يد نفسها، ولا ملك عليها بالفاسد ليثبت اليد بقدر الملك، فاقتصر القبض علىٰ المستوفي منها لا غير دون نفسها والله أعلم.

وقال محمد بن الحسن ﷺ في هذه المسألة: "أنت طالق" عامِلٌ بنفسه وبائن لا يعمل إلا بإرادة إيجاب البينونة عن وُصلة النّكاح وإرادة إيجاب الفرقة والبينونة بعد ثبوتهما[٣] لغو، فيبقىٰ بلا إرادة فلا يعمل، وتحقيقه راجع إلىٰ ما ذكرنا، وهو أن الإبانة لقطع الزوجية متىٰ أراد ذلك وقد انقطعت بالمرة[٤] الأولىٰ فلا يتصور قطعها[٥]، وعلم أن محله [ملك النّكاح][٦] والطلاق لما عمل بنفسه من غير إرادة الفرقة ولا إيجابها للحال علم أن محله ليس الملك ولم يكن زوال الملك الذي ذكره الخصم دليلاً مانعاً من نفاذه لا محالة وإذا لم يكن مانعاً من النفاذ وكان الزوج مالكاً للتنفيذ قبل الفرقة فيبقىٰ علىٰ ذلك حتىٰ يقوم دليل الحجر فيكون الاحتجاج به[٧] صحيحاً لما قصده محمد بن الحسن من بيان الفرق بين اللفظين لا لإلزام الخصم النفاذ بكون اللفظ عاملاً بنفسه في الملك فإنه لا يعمل بعد العدة بلا خلاف ولا بد من ملكٍ ما للنفاذ.

---

[١] ما بين [ ] ليس في «ص».

[٢] «أ»، «ن»، «ص» زيادة: (لا).

[٣] في حاشية «أ» (ثبوتها).

[٤] «أ» (بالمرأة).

[٥] «ن» زيادة: (ولا إيجابها بحال)، وفي هامش «أ» زيادة: (ولا إيجابها للحال).

[٦] ما بين [ ] ليس في «س»، والمثبت من «أ»، «ن»، «ص».

[٧] «ن»، «ص»، «أ» (بمثله).

وحرف المسألة: أن ما بقي للزوج في العدة هل يقوم مقام حقيقة الملك في هذا الحكم؟ والله أعلم.

وكذلك الردة لأنها لا تُفِيت الحل بمنزلة الطلاق الواحد البائن، فالعلة المحرَّرة أنه طلاق من وليه في محله فينفذ كما في حال قيام النّكاح لأن محلية المرأة للطلاق بكونها من المحللات في حق المطلِّق دون المحرمات، وملك المالك[١] المحل شرط لثبوت الولاية فيشترط بقدر ما يزول بتصرفه، وأنه يصح من غير إزالة ملك النّكاح فلا يشترط لصحته حقيقة ملك النّكاح.

وقد يحتج لأصحابنا في هذه المسألة بقول الله تعالىٰ: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖۗ﴾ إلىٰ قوله: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَا فِيمَا ٱفۡتَدَتۡ بِهِۦۗ﴾ [البقرة: ٢٢٩] إلىٰ قوله: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ﴾ [البقرة: ٢٣٠] فالله تعالىٰ شرع صريح[٢] الطلاق بعد المفاداة بالطلاق وعندكم لا يصح، وإنما قلنا بعدها لأن كلمة «الفاء» للترتيب.

❊ فإن قيل: إن معنىٰ الآية: فإن طلقها ولم تفتد[٣] المرأة بمالها لأنه شَرَع قَبل الافتداء طلاقين فيكون الافتداء ثالثاً ولا طلاق بعد الثالثة ليكون ترتيباً عليها، فثبت أن الصريح مذكور علىٰ سبيل المعاقبة أي: إن لم يكن افتداء ولكن صريحاً دل عليه أن الله تعالىٰ شرع طلاقين صريحين ثم ذكر بعدهما[٤] إمساكاً بمعروف، وهو رجعة[٥] علىٰ قصد الإمساك منكوحة له بلا مضارة أو تسريحاً

[١] «ص» (المال).
[٢] «ص» (صحيح).
[٣] «ن» (تعتد).
[٤] «س» (بينهما)، والمثبت من «أ»، «ن»، «ص».
[٥] «ص» (رخصة).

بإحسان ؛ إما بالترك لتبين أو بالتطليقة الثالثة فيكون تمليكاً للثالثة ، ثم قال: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ[١] بِهِۦ﴾ أي: بمالها بعد ذلك ، فإن لم تفد[٢] ولكن طلقها كان حكمه كذا فيكون بياناً لكيفية[٣] ملك التصرف فيما بقي له من ملك الثالثة[٤].

۞ قلنا: ظاهر ترتب الصريح على الفداء يرد تأويلك ، لأن قوله فإن طلقها للترتيب حقيقة فما أمكن القول بها لا يصار إلى تركها.

وما ذكرت من الدليل ليس يوجب الترك لأنا نقول: إن المراد بقوله ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ﴾ [البقرة: ٢٢٩] أي بمالها نفسها[٥] من نكاحه ، ولا بد لهذا الخلاص من طلاق فإن الخلع على أصله فسخ ، فأما المفاداة فطلاق بمال ولا يكون فسخاً فثبت أنه الطلاق الذي سبق المفاداة وذلك ، إما المذكور في قوله ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ﴾ [البقرة: ٢٢٩] أو قوله ﴿أَوْ تَسْرِيحٌۢ بِإِحْسَٰنٍ﴾ فنصرفه إلى المذكور في قوله ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ﴾ حتى لا يلزمنا ترك القول بالترتيب الثابت بكلمة «الفاء» ، وسياق الآية يدل عليه ، فإنها سيقت لبيان عدد الطلاق وأحكام الواقع فبين[٦] بقوله أن العدد ثلاث ، وأن الصريح لا يمنع وقوع آخر بقوله: "مرتان" ، وبين أنه لا يقطع الرجعة بقوله ﴿فَإِمْسَاكٌۢ بِمَعْرُوفٍ﴾ ولا إيقاع الثالثة بقوله ﴿أَوْ تَسْرِيحٌۢ

[١] «ن» ، «ص» زيادة: (المرأة).
[٢] «أ» ، «ص» (تفتد).
[٣] في حاشية «أ» (لتبقية).
[٤] «ص» (الثانية).
[٥] «ن» (نفسه).
[٦] «ن» ، وحاشية «أ» (فتبين).

﴿بِإِحۡسَٰنٖۗ﴾ ولم يذكر الوقوع ببدل ولا حكم ما بعده، فبين بقوله ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَا فِيمَا ٱفۡتَدَتۡ بِهِۦۗ﴾ [البقرة: ٢٢٩] أن[١] الافتداء بالمال عن النكاح جائز بطلاق في الجملة وأنه لا رجعة بعده، فإنه لم يذكر بعده رجعة، والآية سيقت للبيان جملة، فيكون الترك[٢] بياناً، ثم قال: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا﴾ [البقرة: ٢٣٠] فبين[٣] أن الصريح يقع بعد الطلاق بمال وعلىٰ ما تأوله تصير الآية ساكتة عن صحة الصريح[٤] بعد الطلاق بمال.

ويدل عليه: أنّ عامة أهل التأويل قالوا في قوله: ﴿أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖۗ﴾: يدعها حتىٰ تنقضي عدتها، ولا يطول عليها العدة بالرجعة ثم الطلاق مضارا بها فلا يبقىٰ للفداء إلا الطلاق المذكور في قوله: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ﴾ والله أعلم.

وروينا عن النبي ﷺ وعن الصحابة في كتاب الطلاق: «**المختلعة يلحقها الطلاق ما دامت في العدة**»(٥).

[٦] وكذلك المبتوتة لها النفقة ما دامت في العدة لأنها محتبسة عنده لحق[٧] نكاحه فتستحق النفقة قياساً علىٰ الحامل والمطلقة طلاقاً رجعياً، وهذا لأنا بينا فيما بعد أن النفقة للحامل لا يجوز أن تجب لمعنىٰ الحمل فلم يبق إلا ما قلناه،

---

[١] «ن»، «ص» (أي).

[٢] «ص» (التحري).

[٣] «أ»، «ن» (فتبين).

[٤] «أ» (التصريح).

(٥) رواه سعيد بن منصور في سننه (١/٣٨٦) برقم (١٤٦٧)، وابن أبي شيبة في مصنفه (٤/١٢١) برقم (١٨٤٧٦) عن ابن مسعود وأبي الدرداء وغيرهم.

[٦] في «أ»، «ن» (مسألة).

[٧] «ن»، «ص» (بحق).

ولأنّا ذكرنا في مسائل النفقة أن النفقة تجب للمرأة ثمرة من ثمرات النّكاح جزاء علىٰ احتباسها عند الزوج بحق النّكاح لا بملك النّكاح ولا بنفس العقد، والاحتباس باق بحق[١] النّكاح ما بقيت[٢] العدة، فيكون الجزاء لها باقياً أيضاً، وإنما قلنا الاحتباس قائم لأن السكنىٰ عليها عند الزوج في العدة ألزم من حال النّكاح، والعدة حق النّكاح.

﴿ فإن قيل: الاحتباس في العدة واجب لحق الله تعالىٰ بدليل أنه لا يسقط بإذن الزوج ولو كان حقاً للرجل لسقط بإذنه كما في حال[٣] النّكاح، وبدليل أن الصبية إذا طلقت طلاقاً بائناً[٤] بعد الدخول بها لا يلزمها الحداد والاحتباس، وكذلك إذا مات عنها زوجها، ولو كان ذلك حقاً للرجل للزم كالعدة نفسها، وكذلك لا تتزوج ما لم تمض العدة[٥] لأنه حق الرجل، فلما لم يلزم الصغيرة علم أنه حق خالص لله، وأنه غير احتباس النّكاح فإنه حق الرجل فلما[٦] كان لله كان الرزق علىٰ الله.

﴿ قلنا: قد ذكرنا أنه[٧] ذلك الاحتباس، ولكن اتصل به حق الله تعالىٰ، فأمّا الصبية فلا يلزمها زيادة الاحتباس الذي وجب شرعاً، فأما قدر ما كان في النّكاح [فباقي][٨] ويلزمها أن تعتد في بيت الزوج.

[١] «ص» (بعقد).
[٢] «ص» (يثبت).
[٣] «ص» زيادة: (قيام).
[٤] «ن» (ثانيا).
[٥] «ص» (المدة).
[٦] «ن»، «ص» وحاشية «أ» (بل لما).
[٧] «ص» (أن).
[٨] ما بين [ ] ليس في «س»، والمثبت من «أ»، «ن»، «ص».

وجواب آخر: أن الله ﷺ لما شرع النفقة لها ثمرة من ثمرات العقد مجازاة على الاحتباس على ما نذكره، فإذا لم يسقط عنها الاحتباس بالإبانة لم يسقط جزاؤها[١]، وإن كان الاحتباس صار حقاً لله غير مملوك للرجل لأنه واجب بسبب حق النّكاح، وهذا السبب أوجب ما أوجب على سبيل الشركة لها وعليها؛ ألا ترى أن الوفاة لما أسقطت[٢] النفقة لزوال ملك الرجل عن ماله سقط عنها الاحتباس زمان الكسب في المهر[٣]، وأنه استدلال حسن؛ فالخصم نظر إلى من وجب[٤] له الاحتباس، ونحن إلى السبب ولم نبال بالواجب، وهذا كما قلنا: إن العبد المأذون لا يباع بعقد[٥] وجب بالوطء بسبب نكاح[٦] بغير إذن المولي[٧]، ولو اشترى أمة فافتضها[٨] ثم استُحقت ولزمه العقر بِيع به؛ لأن سببه تجارة وإن لم [يكن][٩] العقر نفسه[١٠] من ضمان التجارة ولا بدل[١١] مال، والله أعلم.

ومن علمائنا من استدل بقوله: ﴿وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوۡنَ مِنكُمۡ وَيَذَرُونَ أَزۡوَٰجًا﴾، وإنه ضعيف لأنها في الوفاة وهي منسوخة، ولأنّ المذهب عندنا أن النّكاح باقٍ بعد

---

[١] «ص» (جزاؤهما).

[٢] «ص» (انتقلت).

[٣] «أ»، «ن» (النهر).

[٤] «س» (نظر)، والمثبت من «أ»، «ن».

[٥] «أ»، «ن»، «ص» (بعقر).

[٦] «ص» (نكاحه).

[٧] «ن»، «ص» (الولي).

[٨] «ن»، «ص» (فاقتضها).

[٩] ما بين [ ] ليس في «س»، «أ»، والمثبت من «ن»، «ص».

[١٠] «ن» (نفسها).

[١١] «س»، «أ» (يدل)، والمثبت من «ن»، «ص».

موت الرجل وشرع النفقة حال قيام النّكاح لا يدل على شرعها حال الانقطاع، ولأنّها شرعت لإيجاب الوصية بالنفقة، ولا وصية لوارث(١)، ولكن يستدل بقول الله تعالى: ﴿وَلِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ﴾ ولا يحمل[٢] على المتعة؛ لأن الله تعالى شرعها بلفظ التمتيع[٣] بشرط عدم الفرض أينما ذكرها، ولا بد منه على ما نذكر في مسائل المتعة.

فأما قول الله تعالى: ﴿وَإِن كُنَّ أُولَاتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُوا عَلَيْهِنَّ﴾ [الطلاق: ٦] فليس فيه نفي النفقة حال عدم الحمل[٤]، ولكنه سكوت[٥] على ما عرف، وإنما عرف الوجوب بالآية التي ذكرناها، ولما كان معروفاً[٦] بذلك وقعت الغنية[٧] عن بيان مبتدأ، فالسكوت لا يكون بياناً، وإنما خص الحامل بالذكر لأن مدة الحمل ربما تطول فيشق على الزوج النفقة فخصها بالذكر لهذا المعنى، ثم إيجاب النفقة للحامل دليل على إيجابها للحائل من طريق الأولى؛ لأن مدتها أقصر في العادات والاحتباس بحق النّكاح ثابت في الحالين على السواء.

فأما قوله: "إن نفقة الحامل نفقة للولد" فليس بشيء؛ لأن الولد في حكم جزء من أجزائها وشلو من أشلائها في باب الغذاء ما لم ينفصل عنها، فلا يعتبر له نفقة على حدة.

---

(١) رواه الترمذي (٢١٢١) وقال: «هذا حديث حسن صحيح»، والنسائي (٣٦٤١)، وأحمد في «مسنده» (١٧٦٦٦) عن عمرو بن خارجة رضي الله عنه.

[٢] «ص» (تحل).

[٣] «ن»، «ص» (التمتع).

[٤] «ص» (المحل).

[٥] «ص» (مسكوت).

[٦] «ص» (تعريفا).

[٧] «ص» (الغيبة).

ألا ترىٰ أنها لا تجب علىٰ غير الزوج بسبب القرابة كما يجب بعد الانفصال ، وكذلك الأمة المنكوحة التي بوأها المولي بيتاً عند الزوج نفقتها علىٰ الزوج وإن كانت حاملاً ، ونفقة الولد بعد الولادة علىٰ المولي ، فثبت أن الحمل لا نفقة له علىٰ الخصوص ، وأن الوجوب[1] بحق النّكاح نفقة لها ، وقد قرأ عبد الله بن مسعود رضي الله عنه ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَآرُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُواْ عَلَيْهِنَّ وَإِن كُنَّ أُوْلَٰتِ حَمْلٍ﴾ [الطلاق: ٦](٢) وقراءته كانت مشهورة وأنها تنزل منزلة خبر مشتهر عن النبي ﷺ ، لأنه نقلها عن رسول الله ، فإن لم يثبت قرآناً ثبت خبراً.

ولو رَوىٰ خبراً مسنداً في الباب علىٰ هذا الوجه لوجب تخريج الآية عليه ، ويكون في الآية تقديم وتأخير ومثله جائز في كلام العرب. قال الله تعالىٰ: ﴿ٱلْحَمْدُ لِلَّهِ ٱلَّذِىٓ أَنزَلَ عَلَىٰ عَبْدِهِ ٱلْكِتَٰبَ وَلَمْ يَجْعَل لَّهُۥ عِوَجَا ۜ ۝١ قَيِّمًا﴾ [الكهف: ١ ـ ٢] أي أنزل قيماً ولم يجعل له عوجاً ، ويكون التعليق بالشرط حينئذ لتأكيد الوجوب حيث لا شرط ، كقولك "أكرم أخاك وإن ناواك" أي عاداك ، ويقول النبي ﷺ: **«تصدقوا ولو بشق تمرة»**(٣) ، ولأنّ النفقة هي التي تتعلق بالوجد لا السكنىٰ حيث يسكن الزوج.

والدليل عليه: أن الآية نزلت في شأن طلاق السنة ، وهي طلاق العدة الذي بعده رجعة ، والنفقة تجب في العدة بعده.

وأما حديث فاطمة بنت قيس فالزيادة المذكورة في بعض الروايات: «لا

---

[1] «ص» (وإن كان الوجوب).

(٢) انظر: تفسير الماتريدي (١٠/٦٤) ولم أجدها في مظانها.

(٣) رواه البخاري (١٤١٧) ، ومسلم (١٠١٦) من حديث عدي بن حاتم بلفظ: «فاتقوا النار ولو بشق تمرة».

نفقة لك إلا أن تكوني حاملاً»(١) فغير ثابتة في موضع[٢] يعتمد عليه من الكتب والروايات، وأما متن الحديث فقد روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال حين روي له هذا الحديث: «لا ندع كتاب ربنا ولا سنة نبينا بقول امرأة لا ندري أصدقت أم كذبت، أحفظت أم نسيت»(٣).

فهذا من عمر طعن مقبول؛ فإنه أخبر أنها متهمة بالكذب والغفلة والنسيان، ثم أخبر أنه ورد مخالفاً للكتاب والسنة، فدل على أن في كتاب الله نفقة لهذه على ما ذكرنا، ودل على سنة لرسول الله فيه.

قال عيسى بن أبان رحمه الله: "أراد بقوله كتاب ربنا وسنة نبينا" القياس الصحيح؛ فإنه ثابت بالكتاب والسنة فيكون بياناً أنه ورد مخالفاً للقياس فلا يقبل إلا أن يكون[٤] مشهوراً أو الراوي فقيهاً(٥).

وعن عائشة رضي الله عنها أنها كانت تقول لها مهما روت هذا الحديث: «أما تستحيين» وكانت تقول: «تلك امرأة فتنت[٦] العالم»(٧).

وعن أسامة بن زيد زوجها رضي الله عنه أنّها كانت إذا روت هذا الحديث رماها بكل شيء تناله يده.

وعن سعيد بن المسيب: «تلك امرأة فتنت العالم»(٨).

---

(١) سبق تخريجه قريبا.

[٢] «ص» (ثابت في موضوع).

(٣) رواه مسلم برقم (١٤٨٠).

[٤] «س» (يقول)، والمثبت من «أ»، «ن».

(٥) انظر: «تقويم الأدلة في أصول الفقه» للمؤلف (ص١٨٢).

[٦] «أ» (فنيت).

(٧) سيأتي من قول سعيد بن المسيب.

(٨) رواه أبو داود (٢٢٩٦)، والبيهقي في سننه (٤٣٣/٧) برقم (١٥٥٨٩)، وعبد الرزاق في=

ألا ترىٰ أنها قالت: «فلم يقض لي بنفقة ولا سكنىٰ»، والسكنىٰ واجبة بالإجماع، وعن عائشة رضي الله عنها أنها قالت لفاطمة: «إنما لم يقض لك بالنفقة لأنك كنت ناشزة»[١]، وفي الحديث أنها كانت تبذو[٢] علىٰ أحمائها، أو تأويله: أن زوجها كان[٣] غائباً ووكل أخاه بالنفقة عليها من الشعير، فأبت فلم يقض لها بشيء آخر لغيبة الزوج، والله أعلم.

|٦٢٨| **مسألةٌ**: ومن هذا القبيل لا يجوز نكاح الأمة في عدة نكاح الحرة عن طلاق بائن عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقال صاحباه: يجوز لأن الحرمة ثبتت بقوله ﷺ: «**لا تنكح الأمة علىٰ الحرة**»[٤] وبعد البينونة لا يكون نكاحاً عليها لأن نكاحها منقطع؛ ألا ترىٰ أن رجلاً لو قال لامرأته: إن تزوجت عليك امرأة فالتي أتزوجها طالق فأبانها ثم تزوج أخرىٰ في عدتها لم تطلق التي تزوجها لأنه لم يتزوج عليها.

ولأنّ العدة عن النّكاح لا تمنع نكاح الأمة قياساً علىٰ العدة عن النّكاح الفاسد، ألا ترىٰ أنها لما كانت مانعة عن نكاح الأخت والخامسة ساوىٰ الفاسد الصحيح، وهذا لأن أصل الجمع بين الأمة والحرة غير حرام؛ فإنه يجوز نكاح الحرة علىٰ الأمة ويبقيان علىٰ الصحة، وإنما حرم نكاحها علىٰ الحرة ليظهر تنصف حالها في باب النّكاح في مقابلة نكاح الحرة علىٰ ما نبينه من بعد، فلا

= مصنفه (٧/٢٦) برقم (١٢١٠٦) بلفظ: «تلك امرأة فتنت الناس: إنها كانت لسنة».

(١) لم أقف عليه.

(٢) أي تشتم وتسبّ وتسيء القول. انظر: «طلبة الطلبة» للمؤلف (ص٥٥).

[٣] «أ» (كانت).

(٤) سبق تخريجه.

يثبت حكم هذا التنصف في حال الخلو عن مقابلة نكاح الحرة ونكاح الحرة زائل بالإبانة، والعدة إنما التحقت بحقيقة النّكاح فيما بين الزوجين لبقاء أحكام الازدواج علىٰ الاشتراك فيما بقي وفيما حرم فلا يظهر فيما عداهما.

وحرمة نكاح الأمة مع الحرة ليست من حقوق نكاحهما بل يثبت[١] بتنصف[٢] حالها بالرق، فأما حرمة نكاح أخت أخرىٰ ونكاح الخامسة فيتعلق بنفس النّكاح لا بحال في الأجنبية بخلاف ما إذا جمع بين أمة وحرة؛ فإن نكاح الأمة لا يصح وإن لم يتزوجها[٣] عليها؛ لأن المقابلة بينهما ثابتة فعمل التنصيف[٤] عمله في تحريم نكاح الأمة، ولأبي حنيفة أن في حرمة الأمة علىٰ الحرة فائدة تعود إلىٰ الحرة بأن لا يُدخل عليها من لا يكافئها في باب النّكاح كما يعود عليها الفائدة بحرمة الأخت والخامسة.

وأصل الحرمة في البابين[٥] لله تعالىٰ، فيبقىٰ هذه الحرمة ببقاء العدة كما بقيت حرمة نكاح الخامسة والأخت.

ولا يلزم العدة عن نكاح فاسد فقد اختلف قول أبي حنيفة فيما روىٰ الحسن بن زياد أنه لا يجوز.

فأمّا علىٰ رواية الأصل، فالجواب عنه: أن أصل الجمع ليس بحرام بين الحرة والأمة؛ فإن الأمة إذا ترجحت بالسبق اجتمعتا في النّكاح ولم تدفعها

---

[١] «ن» (بسبب)، «أ» (ثبت)، وحاشية «أ» (سبب)

[٢] «أ» (يتنصف). وحاشية «أ» (تنصف)

[٣] «ص» (يتزوج)

[٤] «ص» (التنصيف)، وفي «ن»، حاشية «أ» (التنصف).

[٥] «ص» (الناس).

الحرة، فكذلك إذا ترجحت بصحة النّكاح على الحرة بأن كانت في إثر نكاح فاسد لا تدفعها الحرة بخلاف الأختين؛ فإن الجمع بينهما حرام على كل حال لا بحال الاستواء في الوقوع، وكذلك الجمع بين الخمس أيضاً، فإن قيل: النّكاح أقوى من العدة فلا يدفع الحرة بالعدة نكاح الأمة كما لا يدفع بنكاح تأخر[١] وبالنّكاح الفاسد قلنا قد ثبت أن للعدة حكم النّكاح في إبقاء حرمة نكاح تعلق بالنّكاح مع ضعفها، فلا يصير هذا الضعف معتبرا في إبقاء الحرمة، وإنما يعتبر في العدة ما صار معتبرا في أصل النّكاح، والنّكاح الفاسد أصله أضعف من الصحيح، والله أعلم.

فأما الجواب عن الخبر: أنا لا نحرم بالخبر بل بالقياس، وفي الخبر تحريم نكاحها على الحرة وسكوت عما عداه؛ ألا ترى أنه إذا جمع بينهما فسد نكاح الأمة وما تزوجها على الحرة حتى لو حلف أن لا يتزوج عَمرة على زينب فتزوجهما معا لم يحنث، فأما الجواب عن المعنى فقد مرّ.

والجواب عن التأثير الذي قالاه: إن حرمة نكاح الأمة على الحرة بسبب رقها كما ذكرت، ونكاح الحرة شرط لا يظهر الحرمة[٢] إلا عنده، وحرمة نكاح الأخت على الأخت هكذا ما تعلقت إلا باسم الأختية، ونكاح إحداهما شرط ليظهر عمل السبب عنده ما بينهما فرق وإنما اعتبرت تلك الحرمة حقا للمرأة لا لثبوتها بحقها وبنكاحها ولكن لثمرتها، فثمرة تلك الحرمة تعود إليها بأن لا يلحقها الغيرة من جهة أختها فيؤدي إلى قطيعة الرحم بينهما، فيثبت بدخول

---

[١] «ن»، «ص»، وحاشية «أ» (آخر).

[٢] «ص» (الحرة).

الأخت زيادة مضرة[١] تعدم بدخول الأجنبية[٢] وهو قطيعة الرحم، والأمة كذلك تدخل على الحرة بدخولها زيادة غيرة لا تدخلها بالحرة؛ فإن المنازعة فيما لها من غير كفؤ أشد.

وقوله إن حرمة نكاح الأمة لتنصف حال نكاحها برقها في مقابلة نكاح الحرة فصحيح، ولكن الحرمة بسبب هذا التنصف ثبت بتقدم نكاح الحرة، فصارت ثمرة هذه الحرمة حقا للمرأة بنكاحهما[٣] فتبقى ببقاء العدة لالتحاق العدة بالحقيقة في إبقاء[٤] جنس هذه الحرمة فتعمل وإن عدمت الحقيقة التي اعتبراها[٥].

والشبهة أن الحق وإن ألحق بالحقيقة فهو أضعف منه كما أن الفاسد ألحق بالصحيح بعد الوطء في تحريم نكاح الأخت وإن كان أضعف ثم الضعف ظهر في تحريم نكاح الأمة فلم يعمل فكذلك[٦] ضعف الحق يظهر والله أعلم.

[٧] ومما يقرب من مسائل العدد عدّة أم الولد إذا أعتقها سيدها أو مات عنها، قال أصحابنا رحمهم الله: هي ثلاث حيض، وهو مذهب علي وعبد الله بن مسعود رضي الله عنهما وإبراهيم(٨).

---

[١] «ص» (بزيادة معتبرة).
[٢] «أ» (الأختية).
[٣] «أ»، «ن»، «ص» (بنكاحها).
[٤] «ص» (في أنها).
[٥] «ص» (اعتبرناها).
[٦] «ص» (لذلك).
[٧] في «أ»، «ن» (مسألة).
(٨) انظر: مصنف ابن أبي شيبة (١٨٧٨٢)، والآثار لأبي يوسف (٦٦١).

وقال الشافعي(١) رحمه الله: حيضة واحدة، وهو مذهب عمر وعبد الله بن عمر وعبادة بن الصامت رضي الله عنهم، وكان عبد الله بن عمرو بن العاص يقول: «لا تلبسوا علينا سنة نبينا عدة أم الولد إذا مات عنها سيدها أربعة أشهر وعشر»(٢) وذلك مذهبنا لأنه ألزمها عدة الحرة عن وفاة؛ إلا أنا أوجبنا القرء[٣] إن مات عنها سيدها لأنها تعتق بالموت، وتجب العدة لزوال الفراش بالعتق كما [لو][٤] أعتقها ولم يمت عنها كما قالوا في النّكاح الفاسد إذا دخل بها الزوج ثم مات عنها أنها تعتد بثلاث حيض لأنها تجب[٥] بالمتاركة كما لو وجدت حالة الحياة لا بالموت.

وحرف[٦] المسألة: أنّ هذا التربص في حكم استبراء الإماء عند تملكهن أو[٧] حكم العدة عن فرقة النّكاح، فعند الشافعي رحمه الله هي في حكم الاستبراء، وعندنا في حكم العدة؛ أما الشافعي فإنه يقول هذا تربص وجب لا عن نكاح ولا شبهة نكاح، فلم يبق إلا الملك الآخر وهو ملك اليمين، ولأنّ ملك اليمين كان ثابتاً وبسببه ثبت الفراش، وبزواله وجب التربص حتىٰ لو زال الفراش بتزويج علىٰ أصلك أو حرمة مصاهرة أو ردة وبقي الملك لم يجب التربص حتىٰ يزول الملك، والتربص بزوال ملك اليمين يجب حقاً للماء بلا خلاف؛ فكأن هذا الحق ما ثبتت حرمته بسبب ملك اليمين دون النّكاح فاكتفي بحيضة لأنها دون

(١) انظر: «الأمّ للشافعي» (٥/٢٣٣)، «مختصر المزني» (٨/٣٣٠)، «الحاوي الكبير» (١١/٣٢٩).
(٢) رواه أحمد (١٧٨٠٣)، وأبو داود (٢٣٠٨)، وابن ماجه (٢٠٨٣)، والحاكم (٢٨٧٥) وقال: «هذا حديث صحيح علىٰ شرط الشيخين».
[٣] «ص» (إلا أنا نقول).
[٤] ما بين [ ] ليس في «س»، «أ»، والمثبت من «ن»، «ص».
[٥] «ص» (تعتد).
[٦] «أ» (وصرف).
[٧] زاد في «أ» (في).

حرمة ملك النّكاح كاستبراء الأمة عند ملكها يجب لحرمة الماء لحق ملك الأول إلا أن ذلك يجب على المالك عند تجدد الملك وهذا يجب عند الزوال، وذلك غير مانع من صحة[١] الجمع لمَّا ثبت أنه يجب لقضاء حق الماء و[٢] الحق ثبت بسبب ملك اليمين بلا إشكال، على أن الاستبراء يجب على الأمة عندي ولا يجوز تزويجها في مدة الاستبراء ويجب كما زال ملك البائع قبل قبض المشتري، والدليل على ضعف الحق بسبب ملك اليمين أن النسب يثبت في ملك النّكاح من غير وطء وفي ملك اليمين لا يثبت إلا بوطء عندي وعندكم[٣] بالوطء والدعوة[٤] وبعد ثبوت الفراش إذا جاءت بولد انتفى النسب بمجرد النفي عندك وعندي إذا ادعى أنه استبرأها بحيضة وحلف أنه لم يطأها بعد ذلك لم يثبت النسب بخلاف ولد المنكوحة.

ألا ترى أن حال الأمة في النّكاح لما كانت أنقص من حال الحرة تنصف العدّة[٥] بالرق، ثم حال ملك اليمين في الفراش أضعف من حال الأمة المنكوحة فتجب العدة دون عدتها بخلاف النّكاح الفاسد فإنه دون الصحيح، والعدة ثلاثة قروء لأن الفاسد لا يكون أصلاً وإنما يعتبر حكمه بالصحيح بناء عليه وتبعا له.

ولنا: أن هذا تربص وجب قضاء لحق الفراش الزائل إليها فلا يكتفى بحيضة قياساً على عدة النّكاح، وإنما قلنا وجب قضاء لحق الفراش؛ لأنّ لأم الولد فراشاً بدليل أن ولدها ثابت النسب بلا دعوة، ولا يثبت النسب إلا عن

---

[١] «ص» (حجة).

[٢] «ص» (من).

[٣] «ن»، «ص» (وعندك).

[٤] «س»: (والعدّة)، والمثبت من «أ»، «ن»، «ص».

[٥] «س»: (الحرة)، والمثبت من «أ»، «ن»، «ص».

فراش هذا لا خلاف فيه ، وإن اختلف في أسباب ثبوت الفراش أنه يثبت بمجرد الوطء أم بالدعوة والفراش متىٰ ثبت وتأكد بالوطء ثم قطعه مالكه[١] إليها بقي حقه ما لم تنقض العدة قياساً علىٰ فراش ملك النّكاح لما ذكرنا أن حرمة النّكاح إنما تبقىٰ لمكان الفراش والنسب إلا أنه لم يجب بالطلاق قبل الدخول لأنه بمنزلة الفسخ والرفع[٢] من الأصل لا[٣] بمنزلة القطع بعد الثبوت ، [ولأنّه لم يتأكد بالوطء][٤] ولما ذكرنا أن الحق إنما يبقىٰ بعد تأكده[٥] وذلك[٦] بالدخول والازدواج الحقيقي وذلك مرة بملك اليمين ومرة بملك النّكاح.

❊ فإن قيل: إن الفراش بملك اليمين ليس بمنزلة فراش النّكاح بدلالة أن المولي يملك تزويجها من غيره بلا عدة وفي فراش النّكاح لا بد من العدة فيه بعد الدخول بها ، وكذلك نسب الولد ينتفي بلا لعان[٧].

❊ قلنا: نعم هذا الفراش أقل حرمة من ذلك وأضعف في حال قيام ملك اليمين ، ولكنه يَقوىٰ حالَ العتق بدلالة أن المولي لو أراد تزويجها بعد العتق لم يقدر وإن رضيت المولاة ، وإذا جاءت بولد لم ينتف نسبه بوجه من الوجوه ، وهذا لأن الوجوب بعد العتق وإذا كان الوجوب بعد العتق حقاً للفراش وثبت

---

[١] «أ» (مالكها).

[٢] «ص» (والدفع).

[٣] «ص» (لأنه).

[٤] ما بين [ ] ليس في «س» ، «أ» ، «ص» ، والمثبت من «ن» وفي حاشية «أ» (ولأنه لم يتأكد بالوطء بعد).

[٥] في هامش «أ» (ولأنه لم يتأكد بالوطء بعد خ)

[٦] «ص» (وكذلك).

[٧] «ص» (باللعان).

حالَ العتق قوي بالحالة والتحق بفراش الحرائر.

ألا ترىٰ أن الأمة المنكوحة إذا قال لها مولاها: "إذا جاء غد فأنت حرة"، وقال لها زوجها: "إذا جاء غد فأنت طالق ثلاثاً"، فجاء غد طلقت ثلاثاً وعتقت[١] وكان عليها عدة الحرائر لاعتبار حال وجوبها، والنزاع بيننا وبينكم في هذه الحالة لا حال قيام الملك، والذي يبطله أن فراش أم الولد وإن ضعف فهو أكثر حرمة من نفس ملك اليمين لأنه سبب للنسب، وملك اليمين بلا فراش لإثم ملك اليمين بلا فراش إذا زال بالبيع أوجب التربص بحيضة احتياطاً للماء الحلال وإن كان الاحتياط وجب لمكان النسب، ولا نسب حيث لا فراش، ولا فراش يثبت بملك اليمين ولكن يتوهم ثبوته إذا ادعىٰ.

وفيما نحن: الفراش ثابت متحقق فكان اعتباره بفراش ثابت بالنكاح أولىٰ من اعتباره بملك اليمين بلا فراش، والحرمة في الأصل للفراش، فالخصم نظر إلىٰ سبب الفراش فوجده ملك اليمين فرده إلىٰ الاستبراء ونحن إلىٰ الفراش نفسه، فرددناه إلىٰ فراش النكاح وهذا أولىٰ لما ذكرنا أن الحرمة للفراش لا لملك اليمين، والاستبراء بملك اليمين يجب لتوهم الفراش واختلاط المياه وإن لم يتحقق الذي دل عليه ما بينّا أن ما يجب علىٰ المرأة من التربص عند حرمة الوطء[٢] يجب قضاء لحق[٣] الفراش لأنها هي الفراش وأمانة الفراش عليها، فمعنىٰ الفراش أنها صارت بحال لو ولدت بما فيها من الماء ثبت النسب[٤] والاستبراء لمعنىٰ الماء يجب[٥] عند حل الوطء بسبب جديد، ويجب علىٰ

[١] «ص» (قد طلقت وعتقت).
[٢] «ن» (الفراش)، وفي حاشية «أ»: (الفراش فيجب).
[٣] «ن» (بحق).
[٤] «أ»، «ن» (أنها صاحبة ما يثبت الولد منه).
[٥] في حاشية «أ» (يحل).

الرجل لأن الخلط عند الحل بأن يطأها فيشتبه ماؤه بغيره فلزمه[١] أن يصون ماءه لأنه صاحب النسب.

فأما إذا صارت المرأة فراشاً، وتفسير ذلك أنها لو ولدت بما فيها من الماء لثبت النسب، والتربص وجب لصيانة ما فيها كان التربص لقضاء حق الفراش لا للماء نفسه، والنسب كان يثبت بالفراش لا لحقيقة الماء على ما مر.

فأما ما دام الماء مع الرجل فإنه يصون ماءه حقيقة لا شيئاً آخر، فكان التربص لتعرف براءة رحمها عن الماء لا لمعنى آخر فبني على القرء الواحد المعرف[٢] للبراءة، ولم يبن الآخر عليه بل زيد لحق الفراش، والدليل على أن الاستبراء يجب على المولي قول النبي ﷺ: «**ألا لا توطأُ الحَبالى حتى يضعن حملهن، ولا الحبالى حتى يُستبرئن بحيضة**»(٣) وإنه نهي للواطئين عن الوطء كقولك[٤]: "لا يُضرب زيد" نهي للضاربين أجمع عن ضربه لا إلزام زيد فعلاً أو امتناعاً عن أن يضرب.

[٥] ولهذا قال زفر رحمه الله وعلماؤنا جميعاً رحمهم الله: يجوز تزويج الأمة المستبرأة لأنه لا تربص عليها ولا شيء، وقالت الأمة إذا وطئها المولي كان الوطء في نفسه حلالاً، وكان الحرمة على نحو وطء المرأة الحائض لا نكاحِ المعتدة.

---

[١] «أ» (فيلزم).

[٢] «ص» (المعروف).

(٣) رواه أحمد في مسنده برقم (١١٢٢٨)، وأبو داود: برقم (٢١٥٧)، والدارمي في سننه برقم (٢٢٩٥)، والحاكم في مستدركه برقم (٢٧٩٠) وقال: «صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه»، وقال ابن حجر في التلخيص (٣٠٤/١): «وإسناده حسن».

[٤] «أ» (لقوله).

[٥] في «أ»، «ن» (مسألة).

فأمّا قوله: "لو زوج[١] أم ولده لم يجب العدة وقد زال فراش المولي"، فالجواب عنه: أن العدة إنما تجب في النّكاح إذا انقطع الفراش إلىٰ المرأة[٢] لا إذا ورد عليها فراش جديد، وههنا ورد عليها فراش جديد، وإن انقطع الأول فلم يكن نظيراً لذلك، بل دل إثبات الفراش علىٰ هذا الفراش علىٰ ضعف هذا الفراش، ونحن نسلم أن هذا أضعف من فراش النّكاح ما دامت[٣] مملوكة، وإنما ألحقنا بفراش النّكاح إذا أَعتق[٤]، لأنه يقوىٰ بالعتق ويلتحق بفراش النّكاح علىٰ ما مر أن المعتبر[٥] لباب العدة حالُ الوجوب لا ما قبله.

فثبت الآن أن فراش أم الولد منقطع عن فراش النّكاح حال قيام الملك ويُلحق به حالَ قيام العتق فلم يجز اعتباره بأصل واحد، بل وجب اعتبار كل شطر بنظيره كما فعله أصحابنا فقالوا: إن نسب أم الولد ينتفي بمجرد[٦] النفي بخلاف نسب النّكاح لأن فراشها لا يمنع إدخال فراش آخر[٧] عليه فإنه يجوز تزويجها بلا خلاف فأشبه ملك اليمين بلا فراش بخلاف فراش النّكاح، فمن حيث كان ثابتاً ثبت نسب الولد بلا دعوة، ومن حيث قبل إدخال آخر عليه قبل النسب عليه[٨] بنفسه كما في ملك اليمين بلا فراش.

وقالوا إذا عتقت ثم جاءت بولد ثبت النسب ولا ينتفي بالنفي لأن الفراش

---

[١] «ص» (تزوج).
[٢] «ص» زيادة: (الكبيرة).
[٣] «ص» (كانت).
[٤] «ص» (عتقت).
[٥] «ص» (النظير).
[٦] «ص» (للحر).
[٧] «ص» (لا يمنع أو حال آخر).
[٨] «أ»، «ن» (النفي).

تأكد بالعتق حتىٰ لم يجز تزويجها فقوي النسب[١] أيضاً والتحق بالنّكاح.

فالخصم في هذه المسائل علق الأحكام بعلة واحدة وأثبت العدم[٢] بعدمها، وإنه فاسد لأن عدم العلة لا يوجب عدم الحكم بل يقف علىٰ علة أخرىٰ إن ظهرت، وقد بينا نحن العلة الأخرىٰ، ولأنّه علق الحكم بحقيقة ملك النّكاح ونحن علقنا بمعنىٰ فيه وهو حقه[٣].

وعلق أيضاً العدة بعين[٤] النّكاح، ونحن علقناه بالفراش الذي هو فيه فيعود كلامه في جميعها[٥] إلىٰ المنع من التعليل وإنه باطل إلا علىٰ سبيل طلب الدلالة علىٰ صحة التعليل دون الاحتجاج للإبطال، ثم الكلام علىٰ الابتداء في نكاح الأمة المشتراة[٦] أنا أجمعنا علىٰ جواز نكاح أم الولد، وللمولي فراش قائم وماء فيها بالوطئ لو جاءت بولد ثبت النسب لأنه واجب في حال قيام ملك اليمين وما وجب إلا بملك اليمين، فضَعُف فلم يمنع[٧] النّكاح، فلَأن يجوز نكاح الأمة المشتراة[٨] أولىٰ لأنه لا فراش لها، وما يتوهم فيها من الماء لو جاءت بولد لم يثبت النسب منه وملك اليمين فيها أثبت وقدر ما وجب من الاستبراء الدال علىٰ اعتبار الماء[٩] لم يجب إلا لحق ملك اليمين أولىٰ، والله أعلم.

[١] «أ» (السبب).

[٢] «س»، «أ»، «ن» (العدم)، والمثبت من «ص».

[٣] «ص» (حقيقة).

[٤] «ص» (بمعنىٰ).

[٥] «أ» (جميع).

[٦] «ص» (المستبرأة)، وفي حاشية «أ» (المبترأة).

[٧] «ص» (يملك).

[٨] «ن»، «ص» (المستبرأة).

[٩] «ص» زيادة: (لما).

|٦٢٩| مسألةٌ: عدة أم الولد تمنع المولي نكاح أختها ولا تمنع أربعاً سواها عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: لا يمنع نكاح الأخت ولا نكاح الأربع، وقال زفر رحمه الله: يمنع نكاح الأخت والأربع جميعاً.

وقال مالك(١) رحمه الله: وطئ الأمة يمنع نكاح أختها وكذلك فراش أم الولد؛ لأن المنكوحة تصير موطوءة حكماً بدليل ثبات النسب عقيبه، فيصير الجمع إلى الموطوءة نكاحاً كالجمع وطئاً، ولأنّ الجمع حرام نكاحاً ووطئاً على السواء.

أما أبو يوسف ومحمد، فإنهما ذهبا إلى[٢] حقيقة الفراش بملك اليمين لا تحرم نكاح الأخت عندنا ولا الأربع[٣] فأثره أولى لأن أكثر ما في الباب أن يُلحق الأثر بالحقيقة ثم تأكد الفراش بالعتق يوجب تأكد الحكم الثابت بالفراش من المنع لا أن يوجب منعاً مبتدأ؛ لأن التأكد بنفسه ليس بعلة، ومتى صار علة لم يكن تأكيداً للأول ولا وصفاً، ولأنّ كل عدة لا تمنع نكاح الأربع لم تمنع نكاح الأخت كمن زنا بامرأة ثم ادعى شبهة، وزفر[٤] يقول: إن الفراش بالعتق يصير كفراش النّكاح بدليل أن المولي لا يملك[٥] قطعه ولا نفي نسب ولدها ولا تزويجها من غيره[٦]، فتصير بالحرية في حكم فراش النّكاح فيوجب أحكام فراش النّكاح ابتداءً.

(١) انظر: «المدونة» (٢/١٧)، «النوادر والزيادات» (٥/٣٨).
[٢] زاد في «أ» (أن).
[٣] «ص» زيادة: (عندنا).
[٤] «ص» (ولأنه).
[٥] «أ» (أنه لا يملك).
[٦] «أ» (غيرها).

ألا ترى أن حقيقة الفراش لا تمنع المولي[١] تزويجها والعدة بعد العتق تمنعه وإن رضيت به، فهذا نقض لكلامهم وإن قالوا هذا أثر الأول وإن قالوا صار شيئاً آخر في الحكم ذهبت علتهم[٢]؛ دل على أبي حنيفة أن هذه عدة تمنع نكاح الأخت فكذلك تمنع نكاح الأربع كعدة النّكاح.

أما الكلام على مالك وزفر على مذهبهم فإن الحرام هو الجمع بين الأختين وطئاً أو نكاحاً ولم يوجد، فأما قوله: إن للنكاح حكم الوطء فنعم؛ النّكاح بحكمه التحق بالوطء، ولكن حكمه يثبت بعد تمامه فلا يمتنع ثبوته في نفسه إلى الموطوءة لأنه ليس بوطء بعينه، وبعد ثبوته صارت كالموطوءة حكماً فلا يحل له وطء أختها بملك اليمين ولا وطؤها[٣] لأن أختها موطوءة كما لو اشترى أخت امرأته ووطِئها وكذلك الأربع.

وأما على أصل أبي حنيفة: أما على زفر فلأنه لا تأثير لملك اليمين في تحريم الجمع بين الخمس وطئاً بحال؛ فإنه حلال لمعنى أن الحرمة بالنّكاح تثبت لأن العدل في القسم واجب وربما لا يقدر إذا كثرن وبملك اليمين لا يجب القسم لأم الولد وإذا لم يكن لملك اليمين أثر في تحريم الخمس لم يثبت بعدة أم الولد، وإن تأكد لما قاله أبو يوسف ومحمد.

وأما على أصل[٤] أبي يوسف ومحمد فلأن لملك اليمين أثراً في تحريم الجمع بين الأختين لأنه لا يحل ذلك وطئاً لأن الحرمة ثبتت في حقهن نكاحاً

---

[١] «ص» (الولي).

[٢] «أ»، «ص» (عليهم).

[٣] «ص» زيادة (نكاحا).

[٤] «ص» (قول).

لأنه يؤدي إلىٰ قطيعة الرحم لما في النّكاح من الغيرة لكل واحد من الزوجين بصاحبه عند الشركة ، وهذه الغيرة[١] تنبعث طبعاً عند الوطء أكثر لأن النّكاح بسبب أنه يعقد للوطء يبعث هذه الغيرة[٢] إلا أن الجمع متىٰ حصل بين وطئ بملك اليمين أو فراش به وبين النّكاح لم يندفع النّكاح بسبب فراش ملك اليمين ؛ لأن حاله أضعف من حال النّكاح لما ذكرنا أن المولي يملك قطع الفراش بالتزويج مع قيام سببه وهو الملك ، ويملك نفي نسب ولدها بنفسه لا لأن[٣] ذلك لا يوجب الغيرة[٤] التي هي سبب القطيعة والحرمة بل معنىٰ القطيعة[٥] كان موجباً دفع النّكاح لكن لم يقدر لضعف الدافع وقوة المدفوع ، فأما إذا عتقت[٦] وصارت معتدة فقد التحق حال هذا الأثر بعدة النّكاح علىٰ ما بينا علىٰ الشافعي ، ثم عدة النّكاح وإن كانت أضعف من نفس النّكاح قويت لدفع النّكاح لكونها قوية ثبوتاً ولزوماً ، فكذلك هذه العدة[٧] ومثاله: من جمع بين حرة وأمة لم يفسد نكاح الحرة وفسد نكاح الأمة لضعف [حال][٨] نكاحها جمعاً إلىٰ الحرة وقوة نكاح الحرة ، والله أعلم.

|٦٣٠| مسألةٌ: إذا طلق الرجل امرأته ثلاثاً للسنة اعتبرت العدة من الطلاق الأول.

---

[١] «ص» (العبرة).
[٢] «ص» (العبرة).
[٣] «أ» (بنفسه إلا أن). وفي حاشية «أ» كالمثبت.
[٤] «ص» (العبرة).
[٥] «ن» ، وحاشية «أ» زيادة: (والحرمة).
[٦] «ن» ، «ص» ، وحاشية «أ» (طلقت).
[٧] «أ» (العلة).
[٨] «ص» (العبرة).

وقال الشافعي(١) رحمه الله في قول: من الطلاق الآخر لأن الموجب هو الطلاق لأن الله تعالىٰ علق التربص بالمطلق[٢]، وأنه اسم مشتق من التطليق[٣] فيكون موضع الاشتقاق علة وكما لو راجعها ثم طلقها، ولنا قوله تعالىٰ: ﴿وَٱلۡمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصۡنَ بِأَنفُسِهِنَّ﴾ فصارت مطلقة بالطلاق الأول ولم يتجرد[٤] الاسم بالثاني، وإنها مطلقة بواحدة وثلاث علىٰ نمط واحد لا أن تصير مطلقة مرتين، فأما إذا راجع ثم طلق فقد تجدد الاسم، ولأنّ الله تعالىٰ نهىٰ[٥] عن الإمساك ضرارا وهو أن يطلق ثم يراجع لما فيه من تطويل العدة وأمر بالطلاق للسنة، فلو كانت العدة تتجدد لكان المأمور عين المنهي عنه وإنه باطل، ولما ذكرنا أن العدة قضاء حق النّكاح لا الطلاق لأنه سبب قطع فلا يوجب وصلاً إلا أن الله تعالىٰ أضاف إلىٰ الطلاق لأنه حال الوجوب لا سبب الوجوب وعلته[٦].

|٦٣١| مسألةٌ: تزوج الرجل معتدة منه عن نكاح ثم طلقها قبل الدخول بها لزمه كمال[٧] المهر وعليها كمال العدة كما لو دخل بها ثم طلقها عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله.

(١) انظر: «الأم للشافعي» (٥/٢٥٨)، «مختصر المزني» (٨/٣٢٥)، «الحاوي الكبير» (١١/٢٢٨ - ٢٣١).

[٢] «أ» (بالمطلقة).

[٣] «ص» (التعليق).

[٤] «أ»، «ن»، «ص» (يتجدد).

[٥] «ص» (بنىٰ).

[٦] «ص» (عليه).

[٧] «ص» (مال).

وقال زفر ﷺ: لا عدة عليه وتنصَّفَ المهرُ، وقال محمد والشافعي(١) ﷺ: لها نصف المهر وعليها إكمال[٢][٣] العدة الأولى.

أما زفر فإنه يقول: لما راجعها بالعقد سقطت العدة الواجبة عنه لاستحالة أن تعتد قضاء لحق نكاحه أو صيانة لمائه، والنّكاح فيه[٤] ثبت له والماء الثاني ماؤه.

ألا ترى أنه لو طلقها طلاقاً رجعياً ثم راجعها سقطت العدة، ولمّا سقطت الأولى أصلاً لم تعد كما في الرجعة عن الطلاق الرجعي؛ فإنها لا تعود حتى لو مات عنها لا يلزمها إكمال الحيض في الأشهر، ومحمد يقول: إن العدة لا تسقط بالنّكاح الثاني لأنها أثر النّكاح الأول على ما مر وذلك النّكاح لا يتغير حكمه بالثاني.

ألا ترى أن مهر الأول لا يسقط بالثاني والحكم الثابت[٥] بعلة لا يسقط إلا بارتفاع العلة أو بما يقطعه، والعلة باقية في مسألتنا هذه والنّكاح الثاني لإيجاب ملك المرأة لا لقطع[٦] الحق الأول وضعاً ولا اقتضاء؛ لأنه لا منافاة بينهما ولكن يتأخر الأداء إذا لزمها حكم حقيقة النّكاح فلا يمكنها أداء حكم الأثر ولا يظهر

---

(١) انظر: «الأم للشافعي» (١٧٠/٧ ـ ١٧١)، «مختصر المزني» (٢٨٥/٨)، «الحاوي الكبير» (٥٣٩/٩ ـ ٥٤٠).

[٢] «ص» (كمال).

[٣] «ص» زيادة: (ما بقي).

[٤] «س»، «أ» (حقه قد)، والمثبت من «ن»، «ص» وحاشية «أ».

[٥] «ص» (الثالث).

[٦] «أ» (يقطع).

معه، والعجز عن أداء الواجب يؤخره ويجعله معذورا[١] ولا يوجب انتفاءه[٢]، فإذا طلقها وزال النّكاح أمكنها الأداء فيلزمها كما إذا طلق إحدىٰ امرأتيه ثلاثاً أو واحدة فإن الطلاق واقع وأداء العدة متعذر[٣] لأن المجهولة لا تتصف بالأداء وتتصف بالطلاق؛ لأنه لا أداء علىٰ المطلقة بحكم الطلاق، وإنما فيه سقوط عنها، والجهالة لا تمنع السقوط علىٰ ما عرف فإذا بين زالت الجهالة فوجب الأداء الآن.

ألا ترىٰ أن أحكام الطلاق التي يمكن إثباتها مع الجهالة ثابتة كسقوط نصف المهر؛ فإن الجهالة ترتفع بالتوزيع[٤] لأنه مما تحتمله[٥] التجزئة سقوطاً، وكذلك إذا طلق إحدىٰ نسائه وهن أربع لم يدخل بهن حلت له الأخرىٰ بخلاف الرجعة عن طلاق رجعي؛ لأن العدة ثم لم تجب قضاء لحق النّكاح؛ فإن النّكاح باق ولكنها وجبت مدة[٦] لخيار الرجعة وتعلقت البينونة[٧] بانقضائها، فإذا راجعها سقط الخيار وزال التعليق[٨] فسقطت العدة فوجبت العدة [فيها لمقصود في المستقبل إذا ذهب المقصود بطلت العدة، وفي مسألتنا وجبت العدة قضاء لحق نكاح قد مضىٰ، وذلك باق لم يتغير بالنّكاح الثاني فلا يتغير حكمه أيضاً، أو

[١] «ن» (مقدورا).

[٢] «ن»، وحاشية «أ» (إسقاطه).

[٣] «ص» (معتد).

[٤] «ص» (بالتوديع).

[٥] «أ» (يحتمل).

[٦] «ص» (مرة).

[٧] «ن» (البيتوتة).

[٨] «ن» (التعلق).

نقول هي لا تسقط، ولكن إذا طلقها تجب العدة بالثاني لأنه[١] بعد الدخول، فيدخل[٢] البعض فيها.

فإن قال زفر: إن العدة عن طلاق رجعي فيها حق النّكاح مع قيام النّكاح. ألا ترى أنه لا قضاء عليها بعد البينونة بزوال العدة فبطل العذر الذي ذكرتَه للتأخير في مسألتنا هذه وتبين أن العدة سقطت أصلاً.

❁ قلنا: لو كان كذلك لما سقطت العدة في مسألتنا هذه بأن تزوجها، ثم الجواب أن العدة قد تجب قضاء لحق النّكاح بعد الحرمة، فهذه لا تبقى مع حقيقة النّكاح لأن الحق يتلاشى في الحقيقة كحق الملك لا يبقى مع حقيقة الملك، وملك المنفعة[٣] لا يبقى مقصوداً بسببه مع ملك الرقبة، وملك النّكاح لا يبقى مع ملك رقبة الأمة لأنه مما يثبت تبعاً له فلا يبقى معتبراً بنفسه حقاً لصاحب[٤] المتبوع.

ولما اجتمعا لواحد وجبت الإضافة إلى ما هو المتبوع، وقد تجب لينقطع النّكاح بمضيها فتكون مبقية للنكاح بخيار رجعة فيها فينقضي الحق بانقضاء[٥] الحقيقة من طريق الأولى، فهذه لا تتصور إلا مع نكاح لكن نكاح ينقطع بمضيها فلا يبقى إذا ذهب تعلق الانقطاع بها.

والذي يدل لصحة قولهم: إن تمام المهر والعدة حكمان تعلقا بالوطء أو ما

---

[١] «أ»، «ص» (لأنها).

[٢] «ص» (فبطل).

[٣] «ن» (المتعة).

[٤] «أ» (لصاحبه).

[٥] «ن» (بإيفاء).

يقوم مقامه من الموت الذي فيه انتهاء المدة من غير فسخ أو الخلوة التي جعلت تسليماً حكماً وليس في العدة انتهاء مدة ولا تسليم نفس إلىٰ الرجل.

ولا يلزم إذا قال الرجل لامرأة: إن تزوجتك فأنت طالق فتزوجها ثم جاءت بولد لستة أشهر من يوم تزوجها فإن لها كمال المهر لأن النسب لما ثبت منه ولا نسب إلا بالماء ولا ماء إلا بالوطء علم أن الشرع أقامه مُقام الوطء حكماً بخلاف العدة فإنها وإن وجبت بعد شَغْل الرحم بالماء فذلك بماء سبق العقدَ الثاني فقام مقام وطء سبق العقد والتسليم بوطء بعد العقد لا قبله.

ولأبي حنيفة ﷺ أن هذه العدة أثر الاحتباس الواجب عليها عند الزوج بمنزلة التسليم الواجب بالنّكاح كما قالوا في الخلوة والولادة لستة أشهر من النّكاح.

الدليل عليه: أن الاحتباس لا يجب بالطلاق قبل التسليم أي قبل الوطء[١] أو الخلوة التي تجعل تسليماً وإنما يجب[٢] بعد التسليم، فيبقىٰ بذلك الاحتباس علىٰ حال التسليم، وحكم ذلك التسليم لأنه هو بعينه وإنما ازداد عليها حق الله في ذلك الاحتباس، فأما الأول فباقٍ حقاً للزوج علىٰ ما مر أن العدة حق الزوج بحق النّكاح أو الماء كما في النّكاح الذي جعل قبضاً وتسليماً، فلما تزوجها وما يكون تسليماً فيه قائم استغني عن تجديد التسليم كمن وهب شيئاً لإنسان هو عنده [أمانة][٣] ومن باع من الغاصب شيئاً لم يحتج إلىٰ قبض جديد لأن قبض الشراء قبض مضمون بنفسه كالغصب سواء

---

[١] «ص» (الخلوة).

[٢] «ص» (يجعل).

[٣] ما بين [ ] ليس في «س»، «أ»، والمثبت من «ن»، «ص».

بخلاف ما إذا اشترىٰ شيئاً وقبضه ثم اشتراه ثانياً لا يصح الثاني[١] إلا بفسخ الأول [فيصير][٢] كما لو تفاسخا ثم اشترىٰ فيحتاج إلىٰ قبض جديد لأن يده بعد الفسخ تصير بمنزلة يد رهن لأن الشيء يكون مضموناً بالثمن[٣] لا بنفسه ويكون محبوساً بغيره[٤] فيكون يداً[٥] لغيره لا لنفسه وأنه غير يد الشراء، فأما في مسألتنا هذه فلا تنفسخ الحالة الأولىٰ قبل نكاح الثاني فيبقىٰ حكمها علىٰ ما كان قبل العقد كما بقي يد الغصب لما لم ينفسخ قبل الشراء بل سقط به فسقط بعده فكذلك ههنا.

|٦٣٢| **مسألةٌ**: تقرب منها إذا اشترىٰ أمة فدخل بها ثم تزوج أختها جاز، ولكن لا يطأ واحدة منهما حتىٰ يحرم إحداهما.

وقال مالك(٦) ﷺ: لا يجوز، لأن للنكاح حكمَ الوطء في حرمة الجمع بين الأختين فإنه لا يجوز الجمع بينهما نكاحاً كما لا يجوز وطئاً، ثم لا يجوز الجمع بينهما وطئاً وإن اختلف سبب الحل في إحداهما ملك يمين[٧] وفي الأخرىٰ ملك نكاح، فكذلك لا يجوز الجمع بين الوطء والنكاح.

ولعامة العلماء: أن الحرام من الجمع بين الأختين الجمع بينهما وطئاً أو

---

[١] «ن» (لأن الثاني لا يصح).

[٢] ما بين [ ] ليس في «س»، «أ»، «ص»، والمثبت من «ن».

[٣] «ص» (باليمين).

[٤] «ص» (بعده).

[٥] «ص» (بدل).

(٦) انظر: «المدونة» (٢/٣٨١ ـ ٣٨٢)، «النوادر والزيادات» (٤/٥١٤).

[٧] «أ» (حين).

نكاحاً واستمتاعا بهما بالإجماع والنّكاح ليس بوطء في نفسه فلم يصر بالنّكاح جامعاً بينهما وطئاً ولا نكاحاً.

فقوله: إن للنكاح حكم الوطء، فنعم[١]، النّكاح إذا ثبت كان له حكم الوطء في حق ثبوت النسب والفراش كما للوطء، غير أن حكمه يثبت بعده[٢] ولا يكون معه ثابتاً فلا يحرم بعينه مع الوطء جمعاً[٣] والله أعلم.

[١] «ص» (فيعم).

[٢] «ص» (بعلة).

[٣] «ص» (جميعا).

فَصْــلٌ

قد ذكرنا الحكم الذي يثبت بالنّكاح على المرأة من ضرب ملك وصفناه[١] وأنه عقد معاوضة كالبيع فيحتاج إلى معرفة ما يجب للمرأة على الرجل عوضاً عما ثبت عليها وهو المهر وهو مال بلا خلاف، وأما الإمساك بالمعروف والعدل في القسم[٢]، فمن باب حرمة الظلم على من صار تحت ولايته لا من باب المعاوضة.

[٦٣٣] مسألةٌ: إذا تزوج امرأة ولم يسم لها مهراً وجب بنفس العقد مهر المثل عند علمائنا، ويتأكد بالموت.

وقال الشّافعي(٣) ﷺ: لا يجب إلا بقضاء أو برضاء، وإن مات أحدهما قبل ذلك فلا مهر لها، وأما إذا دخل بها فمن مشايخهم من يقول يجب المهر ومنهم من يقول: لا يجب[٤]، وكذلك إذا زنا بحرة مُطاوِعةٍ ولم يجب الحد لشبهة وجب العقر[٥] عندنا.

وقال الشّافعي ﷺ: لا يجب(٦).

ومذهبنا مروي في النّكاح عن عبد الله بن مسعود ومذهبه عن علي وعبد الله

---

[١] «أ» (وضعناه).

[٢] «ص» (القسمة).

(٣) انظر: «الأم للشافعي» (٦٢/٥)، «الحاوي الكبير» (٢٤/٩).

[٤] «ص» زيادة: (المهر).

[٥] «س» (العقد)، والمثبت من «أ»، «ن»، «ص».

(٦) «الأم» للشافعي (٢٦٥/٦).

بن عمر رضي الله عنهم(١)، واحتج بأن الله تعالىٰ ذكر الطلاق فيمن[٢] سمىٰ لها مهراً قبل الدخول وأوجبت تنصيف المهر به، وذكر فيمن لم يسمِّ لها مهراً فلم يوجب شيئاً من المهر فكان بياناً لحال ما قبله كذلك لأن المطلقة بالنص فارقت المنكوحة في نصف[٣] المهر لا كله.

وكذلك أبو حنيفة رحمه الله وافقنا ألا مهر لها إذا ماتا والموت يؤكد [المهر][٤] فزيادة الموت توجب زيادة التأكد فلما لم يجب مع الموتين[٥] علم أن لا وجوب أصلاً ولأنّ[٦] بدل الخلع[٧] لا يخلو إما أن يعتبر ببدل طرف منها أو منفعة فيحتمل السقوط برضاها.

ألا ترىٰ لو أباحت لرجل أن يستخدمها لم يجب شيء، وكذلك لو أباحت قطع يدها أو أن يشجها لم يجب شيء وهذا لأن بدل المنفعة أو جزء منها[٨] يخلص حقها ما للشرع في الأعضاء من حق حتىٰ لا يُضمن لله بكفارة، فيكون بدل الجزء والمنفعة خالصاً لها.

ويدل عليه: أن المهر بعد الوجوب يخلص لها استيفاءً وإبراءً واستبدالاً كسائر الديون، ولما خلص الواجب لها علم أن الوجوب كذلك، ولما خلص الحق لها مُلك[٩] الإسقاط عن سبب الوجوب كبدل المال لما كان يخلص للبائع

(١) «الأم» للشافعي (١٨١/٧).
[٢] «أ» (فمن).
[٣] «س»، «أ» (نص)، والمثبت من «ن»، «ص».
[٤] ما بين [ ] ليس في «س»، والمثبت من «أ»، «ن»، «ص».
[٥] «ص» (الموت).
[٦] «ص» (وكان).
[٧] «أ» (العضو)، «ن» (البضع)، «ص» (النصف).
[٨] «ص» (حرمتها).
[٩] «ن» (ملكت).

مَلك الإسقاط والتمليك بغير بدل.

ولا يلزم: الوليُّ إذا زوج الصغيرة بغير مهر لأنه لم يُجعل له ولاية الإسقاط كما بعد الوجوب، وإذا صح شرط الإسقاط منها كما بعد الوجوب مَنع الوجوب لابتداء العقد؛ لأن المانع من الوجوب إذا قارن السبب منع وكان كمن زوج عبده أمته؛ فإن النّكاح يصح بلا بدل ولا يلزم البيع بغير ثمن؛ لأن البيع شرعاً بثمن، فقوله: بلا ثمن يصير شرطاً فاسداً والبيع يفسد بالشروط الفاسدة، والنّكاح لا يبطل بمثله بالإجماع، فلا يجب البدل مع المسقط كما ذكرنا في تزويج الرجل عبده أمته، وكتمليك مال بلفظ لا يفسد بشرط أن لا بدل نحو أن يقول: ملكتك هذا العبد بلا ثمن؛ فإنه يوجب الملك بلا ثمن كذلك.

ولأنّ البيع لغة وشرعاً تمليك عين بثمن فكانا ركنين فيه، فإذا خرج أحدهما لم ينعقد كالزوجين في باب النّكاح، والمهر فيه صلة زائدة أو عرض[١] زائد ثبت شرعاً فلم ينعدم بنفيه[٢] كما لا ينعدم التمليك بشرط أن لا ثمن، ولا معنى لقولكم لو صح بغير بدل لما ملكت المرأة المطالبة بالبدل؛ لأن المهر متردد بين صلة شرعت في النّكاح زائدة للمرأة على ما قلنا أنه تزويج، وأصله الزوجان لا غير، وبين عوض عما مُلك عليها، فإذا رضيت بأن لا بدل لم يجب بحكم أنه عوض وملكت المطالبة بحق[٣] أنها صلة كالنفقة توفيراً على الشبهين حظهما.

ولأنّ العقد استحلالي[٤] حكمي، والوطء استحلالي[٤] حقيقي، والله

[١] «ن»، «ص» (عوض).

[٢] «ص» (نهيه).

[٣] «ص» (بحكم).

[٤] «ص» (استحلال).

تعالىٰ أباح الاستحلال بمال بقوله: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ أَن تَبْتَغُواْ بِأَمْوَٰلِكُم﴾ [النساء: ٢٤]، فهي إن رضيت بالاستحلال عقداً [بلا مال][١] فلم ترض بالاستحلال حقيقة بلا مال، فكان لها أن تمتنع إلا بمال يفرض لها كما كان لها أن تمتنع عن العقد إلا بمال يفرض، وأما إذا وطئها فعلىٰ اعتبار أنها صلة لا تجب بالوطء حتىٰ يتراضيا أو يقضىٰ لها، وعلىٰ اعتبار الاستحلال يجب أن [لا][٢] يجب المهر إذا استحلها ووطئها بغير رضاها، ولا يجب إذا كان برضاها كما إذا وطئها بلا عقد، لما ذكرنا أن المملوك بالنّكاح في حكم المنافع، فالعقد عليها بغير عوض[٣] لا يلزمها التسليم علىٰ ذلك كما إذا أعار داره أبداً أو شهراً لا يلزمه التسليم بلا عوض.

ولعلمائنا: ما مر في مسألة انعقاد النّكاح بلفظ الهبة أن وقوع ملك النّكاح بلا مهر خالص لرسول الله دون غيره ولأنّ الله تعالىٰ أوجب المتعة للمطلقة قبل الدخول في نكاح لا تسمية فيه، وعليه الإجماع، والمتعة بدل ملك النّكاح الواجب بالعقد قبل الطلاق قائمة[٤] مقام المهر كالنصف من الكل فيما إذا طلقها، وكان سمىٰ لها مهراً علىٰ ما نبينه في مسائل المتعة فيكون النص علىٰ وجوب بدل ملك البضع [بعد الطلاق دليلاً علىٰ وجوبه قبل الطلاق][٥] من طريق الأولىٰ، فالطلاق مسقط وليس بموجب وإنه استدلال حسن، والدلائل علىٰ أن المتعة بدل عن ملك النّكاح كنصف المسمىٰ واضحة فقهية.

---

[١] ما بين [ ] ليس في «س»، والمثبت من «أ»، «ن»، «ص».

[٢] ما بين [ ] ليس في «س»، والمثبت من «ن»، وفي «ص» (يجب المهر إذا).

[٣] «أ» (بعوض).

[٤] «ص» (فإنه قائم مقام).

[٥] ما بين [ ] ليس في «ص».

ووجه ثالث: أن الله تعالىٰ حرم النساء وأحل الابتغاء بالمال بقوله: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ أَن تَبْتَغُواْ بِأَمْوَٰلِكُم﴾ وهذا من بيان الله لسبب الحل، فوصف أنه معاوضة بمال وكل سبب [ملك شرع معاوضة بمال لم ينعقد سببا][١] بدونه لأنه لا يبقىٰ معاوضة بلا عوض كالتزويج لا ينعقد بدون الزوجين لأنه بدونهما لا يتصور تزويجاً وهي عبارة عن ضم زوج إلىٰ زوج[٢]، وكالبيع بغير ثمن ولما ثبت بالإجماع أن النكاح[٣] ينعقد سبباً بلا مهر علم أنه يجب مقتضًىٰ وإن لم يسم صريحاً كما في تزويج الصغيرة بغير مهر لأنه لا يتصور بدونه.

وأما إذا زوج عبده أمته فيجب المهر تتمة للعقد ولكن لا يظهر وجوباً للمولىٰ عليه لأنه عبده، فمِلك الرجل عبداً عليه دين يسقط الدين عنه فيمنع الوجوب عليه وههنا متىٰ [وجب][٤] لتتمة العقد لم يسقط برضا كان قبل الانعقاد فرضاً بالسقوط قبل سبب الوجوب لا يُسقط ما يجب بالسبب بعده وهو المعنىٰ الفقهي في المسألة علىٰ ما يأتيك [بيانه][٥] وقد أكَّد هذا المعنىٰ قولُه تعالىٰ: ﴿قَدْ عَلِمْنَا مَا فَرَضْنَا عَلَيْهِمْ فِىٓ أَزْوَٰجِهِمْ﴾ [الأحزاب: ٥٠] أي: ولم نفرض عليك فأوجبنا[٦] لك الملك [هبة][٧] بلا بدل فثبت أنه غير مشروع في حق غير النبي إلا ببدل، وعن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه: «لا نكاح إلا بمهر وشهود إلا ما كان لرسول الله»(٨).

---

[١] ما بين [ ] ليس في «أ».
[٢] «ص» (زوجة إلىٰ زوجة).
[٣] «ص» زيادة: (لا).
[٤] ما بين [ ] بياض في «ص».
[٥] ما بين [ ] ليس في «ن»، «ص».
[٦] «أ» (فأوجب).
[٧] ما بين [ ] ليس في «ص».
(٨) رواه الدارقطني في سننه (٣١٣/٤) برقم (٣٥١٩)، والبيهقي في سننه (٩٠/٧) برقم=

❁ فإن قيل: ففي[١] الخبر والآية أن المهر مما يفرض على غير رسول الله وكان لا يفرض لرسول الله، فكان الملك يخلص له بلا مهر ولم يخلص لغيره.

❁ قلنا: الله تعالى يقول: ﴿قَدْ عَلِمْنَا مَا فَرَضْنَا عَلَيْهِمْ﴾، فثبت أن الفارض هو الله دون غيره، وفرض الله في الأسباب لا القضاء فثبت أن الله تعالى ما شرع الزوجية إلا بمهر واجب ركناً في السبب بإيجاب الله تعالى لذلك[٢] وكذلك قول أبي سعيد الخدري: «لا نكاح إلا بمهر»(٣) صفة للعقد لا لبقاء الملك.

وسئل عبد الله بن مسعود ﷺ عن رجل تزوج امرأة ولم يسم لها مهراً حتى مات عنها فلم يُجب شهراً، وكان السائل يتردد إليه ثم قال بعد شهر: «أجتهد فيها رأيي فإن يك صواباً فمن الله، وإن يك خطأ فمن ابن أم عبد: أرى لها مهر مثل نسائها لا وكس ولا شطط»(٤) فقام أناس من أشجع فيهم ابن الجراح[٥] ومعقل بن يسار فقالوا نشهد أن رسول الله ﷺ قضى في بَروعَ بنت واشق الأشجعية بمثل قضائك هذا، وفي رواية فقام معقل بن يسار أو سنان فقال ذلك(٦).

وروي أن عبد الله ما سر بعد إسلامه مثل سروره بموافقة رأيه قضاء رسول

= (١٣٣٥٩)، وفيه أبو هارون العبدي وفيه مقال.

[١] «أ»، «ص» (معنى).

[٢] «س»، «أ»، «ص» (كذلك)، والمثبت من «ن».

(٣) سبق تخريجه.

(٤) لا وكس ولا شطط: أي لا نقصان ولا زيادة. انظر: الصحاح للجوهري (٣/٩٨٩).

[٥] الصواب: الجراح بن أبي الجراح الأشجعي. وفي «ص» (أبو الجراح).

(٦) رواه أبو داود برقم (٢١١)، والترمذي برقم (١١٤٥) وقال: «حديث ابن مسعود حديث حسن صحيح، وقد روي عنه من غير وجه»، والنسائي برقم (٣٣٥٤)، وأحمد برقم (٤٢٧٦).

الله(١). ثم شك الراوي في أبي[٢] معقل لا يكون فوق سكوته عن ذكر أبيه بأن نسيه، ولو سكت لم يكن رداً ويكون أكثر ما في الباب أن يصير[٣] الراوي مجهولاً لا يعرف، ورواية المجهول عندنا من السلف الأولين مقبول إذا وافقه القياس، والقياس من عبد الله وهو مذهبنا موافق لذلك، وروي عن علي رضي الله عنه أنه رد هذا الحديث بكونه مجهولاً لأنه خالف رأيه فجعل الرأي أولى منه، وذلك مذهبنا فيصير على هذا الوجه الحديث غير حجة على المخالف ما لم يلتزم أن قياسه فاسد.

والفقه في المسألة: أن النكاح متى صح لم ينعقد إلا بمال قياساً على نكاح الصغيرة بغير مهر أو المجنونة ونكاح الكبيرة على مهر فاسد نحو الخمر فإنه ينعقد بمال لم يسم وهو مهر المثل، وتأثيره ما ذكرنا أن الشرع ما شرعه إلا معاوضة ملك يقع على المرأة على ما بينا بملك مال على الرجل[٤] عوضاً عن ذلك الملك بمنزلة الثمن من المثمن والعوض في المعاوضات ركن لا يتصور الانعقاد معاوضة بدونه، ومتى انعقد بدونه لم يكن معاوضة فلا يبقى سبباً لهذا الملك مشروعاً بالنص، فاستحلال الفروج لم يوضع على التراضي ليصير بالتراضي[٥] سبباً بخلاف الأموال.

ألا ترى أنهما وإن تراضيا على الزنا حُدَّا فثبت أن أصل المعاوضة بالشرع

(١) رواه أبو داود برقم (٢١١٦)، وأحمد برقم (٤٢٧٦) بلفظ: «ففرح عبد الله بن مسعود فرحا شديدا حين وافق قضاؤه قضاء رسول الله ﷺ».

[٢] «ص» (أن).

[٣] «ص» (يكون).

[٤] «ص» (الأصل).

[٥] «ن»، «ص» (بالمراضاة).

عاد إلىٰ إيجاب الملك عليها بالمهر علىٰ الرجل وصار الازدواج بناء علىٰ الملكين عوضاً[١] بالنّكاح لا أصلاً لانعقاد العقد[٢] علىٰ التزويج ابتداء، وإذا كان كذلك بطل شرطها أن لا مهر في النّكاح لأنه تغيير لموجب الشرع، ولما صح النّكاح مع شرطها الفاسد انعقد علىٰ ما شرعه الله كذلك[٣] كالهبة بشرط العمرىٰ لما صحت وجبت مؤبدة، وبطل شرط العمرىٰ.

والدليل[٤] عليه: [أن لله تعالىٰ في حق الإبضاع[٥] حقاً كما في نفوس بني آدم لأن هذا العقد الموجب لهذا الملك لم يشرع لاقتضاء الشهوة مقصوداً من حيث الحكمة، بل لإبقاء الجنس إلىٰ يوم القيمة بالتناسب[٦] وذلك بالمياه][٧]، وللمياه في الأرحام حكم النفوس المحترمة؛ ألا ترىٰ أن الإرث يثبت، وكذلك الوصية لهم، وكذلك العتق، ولما كان لله تعالىٰ في النفوس حق علىٰ حدة بحق الاستبعاد[٨] حتىٰ ضمن حق الله بالكفارة[٩] وللمياه في الأرحام حكم النفوس، وهذا الملك مشروع سبباً لتحصيل هذه النفوس ثبت لله تعالىٰ في السبب[١٠] حق، ولما ثبت لله تعالىٰ في السبب[١١] حق، وقد شرعه بعوض لم يسقط بإسقاط المرأة

---

[١] «ن» (غرضا).

[٢] «أ» (بالعقد).

[٣] «ن» (لذلك).

[٤] «أ»، «ن»، «ص» (والذي يدل عليه).

[٥] «ن»، «ص» (ملك البضع).

[٦] «س» (بالتناسب)، والمثبت من «أ»، «ن»، «ص».

[٧] ما بين [ ] بياض في «س»، والمثبت من «أ»، «ن».

[٨] «ن»، «ص» (الاستعباد).

[٩] «ص» زيادة: (في القتل).

[١٠] «ص» (النفوس).

[١١] «ص» (النسب).

لأن الحق في حق السبب[١] لم يتمحض لها كما لا تملك الإباحة برضاها بغير ملك ؛ لأن الحق في الحرمة لم يخلص لها من حيث أنها أحق بأطرافها ، بل ثبت لله تعالىٰ في هذا العضو حق بخلاف سائر الأعضاء لأن استحلالها يوجب الولد ، ولله تعالىٰ في النفوس حق ولهذا لا يعمل رضاها في إسقاط العوض لأن أصل الضمان وجوباً لله فيه حق كما كان لله حق في الأصل[٢] المستحل بخلاف سائر الأجزاء وصار رضاها[٣] ، وقد فسد كرضا الولي علىٰ الصغيرة والمجنونة .

والذي دل عليه: أن الله تعالىٰ عظم شأن باب الاستيلاد فلم يبحه إلا بملك[٤] حجراً علىٰ النساء عن الخلط بالإباحة لمن شئن وعظم شأن وقوع هذا الملك علىٰ الرجال فلم يثبت إلا بشهود ومهر كيلا يهون عليهم إذا ملكوه شراء[٥] بلا عوض فلا يحفظوه علىٰ الوجه فيضيع ويؤدي إلىٰ خلط المياه أيضاً فلم يملكا تغيير حكم الشرع كما لم [يملكا][٦] في العقد[٧] بغير شهود ، فأما إذا وجب البدل ، فالبقاء[٨] يخلص حقاً للمرأة لأن حق الله في الأصل إنما كان ثابتاً لأنه سبب النفوس التي لله فيها حقوق ، فروعي حق الشرع فيما هو سبب للنفوس وشرط المال حين الوقوع يتصل بسبب الولد فكان حق الله مراعىٰ[٩] ، فأما بعد

---

[١] «ص» (النسب).

[٢] «ص» (أصل).

[٣] «ص» (رضا).

[٤] «ص» (فلم يتم الملك).

[٥] «س» ، «أ» (سرا) ، والمثبت من «ن» ، «ص» .

[٦] ما بين [ ] ليس في «س» ، والمثبت من «أ» ، «ن» ، «ص» .

[٧] «س» (العقل) ، والمثبت من «أ» ، «ن» .

[٨] «ص» (كالبقاء) .

[٩] «ص» ، وحاشية «أ» زيادة: (فيه) .

الوجوب فالمال نفسه خالص للمرأة لأن المبدل كان للمرأة أيضا في أصله ، فكان حق الله تعالىٰ فيه من حيث الاستبعاد[١] ، والمال الواجب لا يمكن اعتبار هذا الحق فيه فخلصت[٢] لها لأن المبدل في الأصل كان لها ، فكان حق الله وصفاً ، فلما لم يمكن إثبات ذلك الوصف بالبدل خلص البقاء لها بخلاف الوجوب ؛ لأنه يتعلق بالأصل لأن الأصل يجب معه ، فيتأدىٰ به حق الأصل بأن لا يستحق بدونه ، فهذا فرق ما بين الوجوب والبقاء.

والذي دل عليه: أن التزويج لما كان معاوضة تمليك بين الزوجين علم أن العقد لا ينعقد إلا تمليكاً بتمليك ليكون معاوضة تستحق عليهما علىٰ هذا لهذه وعلىٰ هذه لهذا كالبيع لا يتصور معاوضة في تمليك بين شخصين إلا هكذا ولم يقع في جانب الرجل ملك نفس فقوبل بملك المال مكان ملك النفس ليكون التمليك علىٰ سبيل المعاوضة ، فكان هذا الإيجاب أقيس[٣] من الإيجاب بعد العقد[٤] بشبهة الصلات لأن مهر المثل يشبه الصلة[٥] لغة ، فالتزويج لغة لضم الزوج إلىٰ الزوج ، فأما شرعاً فردّ العقد إلىٰ إيجاب ملك بملك ثم الازدواج شخصاً بناءً عليهما ، فلما كان شبه الصلة لغوياً وشبه العوض شرعياً كان تغليب جانب الشرع أولي ما أمكن ، وكذلك الوطء أشبه استيفاء المنافع في العارية صورة[٦] ، ومن حيث الشرع أشبه الانتفاع برقبة مملوكة قنٍّ لما ذكرنا أن ملك

---

[١] «ن» ، «ص» (الاستعباد).

[٢] «ص» (فخلص).

[٣] «ص» (أيسر).

[٤] «أ» (العتق).

[٥] «أ» (العلة).

[٦] «ص» (ضرورة).

النّكاح في حكم ملك العين ثم الانتفاع بناء عليه فلا يبقىٰ للملوك عليه العين حق الامتناع[١] إلا بطلب عوض بعد وقوع الملك عليه بغير عوض، فأما الجواب عن الاستدلال بعدم[٢] مهر المثل كله بعد الطلاق؛ فإنه اعتبار غير قوي فإن الطلاق مسقط، والاستدلال بالعدم بعد المُعدم للعدم قبل المُعدم[٣] اعتبار ضعيف.

وقوله: "الطلاق لا يسقط الكل" فإنه مسقط علىٰ حسب ما ورد الشرع به ولم يجز استعمال الرأي مع النص، والله تعالىٰ شرعه مسقطاً للنصف دون الأصل كله إذا كان ثمة مفروض، وإذا لم يكن ثمة مفروض شرعه مسقطاً للكل إلىٰ بدل وهو المتعة فما أسقط الأصل أيضًا فبقاء ما بقي من البدل عن ملك النّكاح بأي وصف بقي يدل علىٰ الوجوب قبل المسقط ولم يكن السقوط إلىٰ بدل بدليله دليلاً علىٰ عدم الأصل قبل السقوط، ثم الجواب: أن الفرض آكد من مهر المثل وجوباً لأنه وجب بالعقد والتسمية، وهذا[٤] بالعقد دون التسمية فالذي كان آكد عمل الطلاق في إسقاط شطره، والذي كان أوهىٰ[٥] عَمِل في إسقاط كله، فيكون هذا دليلاً علىٰ وهاء الثبوت لا علىٰ عدمه، ثم وجوب البدل[٦] بعد الطلاق، وهي حال السقوط دليل علىٰ وجوبه في الجملة قبل الطلاق الخالي عن المسقط والله أعلم.

فأما[٧] إذا مات الزوجان فأبو حنيفة علل بأني لم أسمع الدعوىٰ لقيام

---

[١] «ص» (الانتفاع).
[٢] «ص» (بعد).
[٣] «ص» (بعد العدم علىٰ العدم قبل العدم).
[٤] «ص» (ومهر المثل).
[٥] «أ» (أوعىٰ).
[٦] «ص» (الدليل).
[٧] «ص» (وأمّا).

الدلالة من طريق الحال علىٰ الاستيفاء علىٰ ما بينا في تلك المسألة، والبراءةُ بقيام دلالة الاستيفاء لا تدل علىٰ البراءة قبله، وسيأتيك الدليل في موضعه إنما الشأن[١] ههنا بأن نُعرِّف كيفية البراءة[٢] هنا مذهباً لا حجة، فإنا لم نستدل به وإنما أورده الخصم علينا، وهذا الدليل عند أبي حنيفة معدومٌ حال موت أحدهما دون الآخر.

والجواب عن المعنىٰ الفقهي: أن المنصوصات لا يقاس بعضها علىٰ بعض، والله تعالىٰ في باب الأموال شرع نوعي تمليك[٣] بغير عوض وبعوض، وما شَرع في باب البضع إلا بعوض، وهذا كما شرع الحل في باب الأموال بملك وإباحة ولم يشرع في باب الوطء إلا بملك، ولم يَرُدَّ ههنا[٤] بالقياس لأن كل باب منصوصٌ بنفسه ولو احتمل القياسُ لمَا جاز لِما ذكرنا أن لهذا الملك من الخطر شرعاً ووضعاً ما ليس بملك المال، فلم يجز إلحاق هذا بذلك بالرأي من حيث[٥] إسقاط خطره، وكذلك الاعتبار بسائر الأجزاء والمنافع لا يصح، أما المنافع فأموال وقد أجبنا، وأما الأجزاء[٦] فتخلص حقاً لها منفردة عن الأصل؛ لأن حق الله في الاستعباد، وأنه لا يلزم الأطراف منفردة، ألا ترىٰ أنه إذا أباح القطع لآكلة أو لفائدة[٧] كالقصد[٨] تثبت الإباحة، وإنما لم تثبت إذا أباح بلا

[١] «ن»، وحاشية «أ» (البيان).

[٢] «ص» (المرأة).

[٣] «ص» (بملك).

[٤] «ص» (هذا).

[٥] «ص» زيادة: (أنه).

[٦] «ص» (الآخر).

[٧] «أ» (والفائدة).

[٨] «أ» (كالفصد).

فائدة لأنه عابث[١] كما لو قال: "أحرق مالي" لا يباح له لأنه[٢] ليس بخالص له، وتثبت في حق أن لا يجب ضمانه؛ لأنه مفيد للمأمور كما في إحراق المال إذا أمر به، وهذا الموضع لا يستباح بهذه الأسباب لأنه ثبت لله فيه حق الاستبعاد[٣] لأنه سبب النفوس الحادثة، ألا ترىٰ أنه لا يعمل بدلها، وإن[٤] احتاجت إليه ولم تكن عابثة[٥] فثبت أنه مقتطع عن الأموال وسائر الأجزاء ملحق بالنفوس القائمة، ومسألة يختلف فيها كبار الصحابة لَغَوْرٌ فقهها ليعلم المجتهد برأيه فيها أنه لا ينبغي له أن يشرع فيها إلا بجد وضبط[٦] لوجوه الرأي ونظر[٧] بطرق الشرع، وما التوفيق إلا بالله.

ولا يلزم نكاح أهل الذمة لأنا[٨] جعلنا هذا بمنزلة نكاح الصغيرة، والذمي[٩] إذا زوج ابنته الصغيرة بلا مهر وهما يدينان ذلك لا يجب المهر، وهذا لما ذكرنا أن المهر إنما وجب لأن الشرع نقل المعاوضة عن تزويج الأشخاص واستحقاق الوطء بالوطء إلىٰ ملك بملك، وشرائعنا التي تحدد ثبوتها لا يلزمهم إلا ما دانوا به، واستُثني عليهم في عهودهم علىٰ ما بينا في مسائل معاملات أهل الذمة لأول هذا الكتاب، فبقُوا هم علىٰ حال ما قبل شريعتنا، فيُبقي الأصل لهم

---

[١] «أ»، «ص» (عائب)، «ن» (غائب).

[٢] «ص» (لا لأنه)، وفي حاشية «أ» (مالي لا لأنه).

[٣] «ص» (الاستعباد).

[٤] «أ» (فإذا).

[٥] «ص» (غائبة).

[٦] «س» (وضب)، والمثبت من «أ»، «ن»، «ص».

[٧] «ص» (بصير).

[٨] «س» (لا)، وفي «أ» (لأن)، والمثبت من «ن».

[٩] «ص» (والذي).

إيجاب حل بحل ويبقىٰ المهر زيادةً صلة لها إن شرطت وجبت وإلا فلا والله أعلم.

[١] ولهذا قدرنا المهر بعشرة؛ لأن المال أوجب شرعاً صيانة لفرجها عن ورود ملك الاستحلال عليه بغير شيء وجبراناً لما استُحل عليها فيجب أدنىٰ ما ورد الشرع به في مثله، وذلك النصاب الذي يستحل بسرقته قطع اليد وهو عشرة دراهم عندنا؛ فإنه أدنىٰ من دية اليد إذا قطعت، وكذلك إذا وطئت بشبهة برضاها وجب المهر لأن الشرع لم يجعل إليها الإباحة في هذا الباب فصارت[٢] بمنزلة المجنونة وبمنزلة من أباح دمه حتىٰ قتل؛ فإن الدية تجب بخلاف ما إذا أباح قطع يده؛ لأن الشرع جعل الإباحة في الطرف إليه، إلا أنه لا يحل إذا أباح جزافاً لأنه عابث[٣] كما إذا أمر بإحراق ماله أو تغريقه حتىٰ إذا أفاد بأن كان بالعضو أكلة[٤] حل القطع.

فأما البُضع فلا يحتمل الإباحة مع كون الإباحة مقيدة[٥] تقضي بها شهوتها كما لو كان بنكاح فعلم أن الحرمة ليست من قبل أنه عَبث[٦] لا فائدة فيه، ولكن من جهة أن المحل لا يحتمل الإباحة تعظيماً لحرمة هذا المحل فصارت الإباحة في غير محل الإباحة بمنزلة إباحة مَن ليس من أهل الإباحة[٧] من مجنون لأن التصرف[٨] كما لا يصح إلا من أهله لا يصح إلا في محله.

---

[١] في «أ» (مسألة).

[٢] «ص» (مختار).

[٣] «أ»، «ن» (غائب).

[٤] «ص» (آفة).

[٥] «أ»، «ن»، «ص» (مفيدة).

[٦] «ن» (عيب).

[٧] «س» (للإباحة)، والمثبت من «أ»، «ن»، «ص».

[٨] «ن»، وحاشية «أ» (النص).

ألا ترى أن بيع المجنون وبيع العاقل الميتة والحر سواء؛ ولأنّ المستوفى بالوطء هو المملوك بالعقد، والله تعالى عظم خطره بضمان المال عقداً حقاً للشرع فكذا وطئا، فلا تملك المرأة إسقاطه لأنه حق الله كما إذا أذنت[١] بقتلها وجبت الدية لأنها حق الورثة.

ويدلّ عليه الكبيرة إذا تزوجت بخمر[٢] وجب لها مهر المثل بغير تسمية ولم يجب ما سُمِّي، وإنما وجب بحكم العقد لا بالشرط، فإنه فاسد لم يجب به ما شرط بخلاف أسباب ملك اليمين لأنه لايقع تزويجاً بين المتعاقدين فما يجب بالتصرف بينهما وصلة، وإنما يجب المساواة بينهما بحكم شرطهما؛ إن [كان][٣] شرطا بيعاً فما شرع إلا بعوض[٤] فلا يقع[٥] الملك إلا كذلك متى وقع[٦] كالبيع الفاسد والصحيح، وإذا مُلك هبة لم يعتبر المساواة.

ولأنّ الله تعالى جعل لهذا الملك، أعني ملك النّكاح خطراً على ما مر بيانه فلم يبح إلا بشهود وولي صيانة، فكذلك بمالٍ صيانة فإن الملك يهون على المالك إذا أصابه بغير عوض ويعز بالعوض ولهذا لم يبح إلا بمالٍ له خطر في الشرع فنفس المال من حبة حنطة ونحوها لا خطر له عرفاً ولا شرعا، وأما العشرة فلها خطر شرعاً حيث استحل بسرقتها قطع يد السارق بخلاف ملك اليمين فإنه بذلة[٧] لنا.

---

[١] «ن» (أديت).

[٢] «ن» (بحر).

[٣] ما بين [ ] ليس في «س»، «ص»، والمثبت من «أ»، «ن».

[٤] «ن» (بفرض).

[٥] «ص» (يقطع).

[٦] «ن» (منع رفع).

[٧] «ص» (بدله).

ألا ترىٰ أنه يستباح بالإباحة وهذا لا .

ولا يلزمنا أن جعلنا للمرأة إسقاط المهر بعد الوجوب لأن الشرع أثبت حكم الخطر بزيادة شروط للوقوع لا للبقاء ؛ فإن الملك يبقىٰ بلا شهود ولا ولي فكذلك بلا مهر ، وكذلك ملك المهر يبقىٰ[١] بعد هلاك المرأة وحرمتها[٢] ولا يجب ابتداء إلا بملكها ، ولا يلزم نكاح أهل الذمة بغير مهر لأنَّا سَعَينا لبيان حكم الإسلام ، فهم لا يؤاخذون بما لا يدينون [بها][٣] .

ولا يلزم لإنكاح[٤] المولىٰ عبده أمته لأنا عللنا لبيان أصل المشروع أنه لا ينعقد إلا بمال وثمَّ[٥] ما انعقد إلا بمال ، ولكن لم يظهر الوجوب لمانع مِن قبل المستحق وهو المولىٰ كما لو سمَّىٰ وزوَّجَها إياه بألف ، ومن مشايخنا من يقول يجب حقاً لله ثم يسقط .

ووجه آخر أن لها أن تطالبَ بإيجاب المهر ، ومتىٰ صح التمليك بلا عوض لم يبق[٦] للملك حق المطالبة بإيجاب العوض كما في هبة المال ، وكما إذا رضيت ببدل يسير لم تملك المطالبة بمهر المثل بخلاف الإعارة ؛ فإن المعير لا يملك المطالبة بإيجاب البدل لأنه لا يملك ذلك بل يملك الاسترداد والمنع إلا ببدل علىٰ التراضي بعقد آخر لأنها غير لازمة ، فأما إيجاب البدل شاء المستعير أم لا فلا ، وههنا يلزم الزوج البدل شاء أو أبىٰ بدلا عن الملك الواقع بالعقد

---

[١] «ص» (ينقسم) .

[٢] «ن» (وجزء منها) .

[٣] ما بين [ ] ليس في «س» ، «أ» ، والمثبت من «ن» ، «ص» .

[٤] «أ» ، «ن» ، «ص» (إنكاح) .

[٥] «ن» ، وحاشية «أ» (ويلزمنا) .

[٦] «ص» (ليس) .

الأول لا بعقد جديد ، ولأنّا متىٰ جعلنا بعد إيجاب البدل عقدًا آخر ، والحرة لا تستباح إلا بنكاح علم أن النكاح هو الثاني ، وأن الأول لم يكن نكاحاً لأنه غير هذا ، فلا يستباح به[١] ، ولأنّا نُعيِّن الكلام فيما إذا دخل بها فنقول: إن المهر يجب بلا خلاف بيننا وبينكم علىٰ أقيس[٢] أقوال صاحبكم ، فإن ارتكبوا وقالوا غير هذا[٣] احتججنا عليهم بقول الله تعالىٰ: ﴿فَمَا ٱسْتَمْتَعْتُم بِهِۦ مِنْهُنَّ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً﴾ فالله تعالىٰ أوجب المهر بإزاء الاستمتاع بالنساء المنكوحات من غير شرط الفرض في أصل المهر[٤] ، فمن علق الوجوب بشرط الفرض فقد زاد علىٰ النص وذلك يجري مجرىٰ النسخ علىٰ ما بينا غير مرة ، إلا أن الآية نزلت[٥] في المتزوِّجة بمال.

يدل عليه: أن الله تعالىٰ أوجب المتعة لها بعد الطلاق بشرط عدم الفرض وعدم الدخول ، والمعلق بالشرطين لا يوجد قبل تمامهما[٦] فلا ينبغي أن تجب المتعة إذا طلقها بعد ما دخل بها وعندك تجب وعندي لا تجب المتعة[٧] ، وعدم المتعة بعد الطلاق دليل علىٰ بقاء المهر كعدم النصف بعد الطلاق دليل علىٰ وجوب الكلّ[٨] علىٰ ما بينَّا حال عدم الإسقاط من المرأة في مسائل المتعة ، ولو وقع ملك المتعة بغير بدل لم يكن التصرف بحكم ذلك الملك موجباً للبدل

---

[١] «ص» زيادة: (المرأة).
[٢] «ص» (أقسىٰ).
[٣] «ن» ، «ص» (فإن ارتكبتم غير هذا احتجنا).
[٤] «أ» (الفرض) ، وحاشية «أ» (العقد).
[٥] «ن» ، «ص» (شرعت).
[٦] «ص» (قيامهما).
[٧] «ن» ، «ص» ، وحاشية «أ» زيادة: (بل يجب المهر ثم عدم).
[٨] «س» (الملك) ، والمثبت من «أ» ، «ن» ، «ص».

بحال ؛ لأن العوض يقابل الملك الثابت بعقد المعاوضة لا التصرف[١] المملوك بحكم ذلك الملك كما في ملك اليمين.

❊ فإن قيل: إن المهر في أصل العقد ليس بأحد عوضي[٢] العقد، بل العقد للتزويج بين الرجل والمرأة فهما العوضان، وإنما أدخل المهر عوضاً شرعاً زائداً على أصل العوضية بين الزوجين، فمن حيث أنه زائد صح العقد بدونه، ومن حيث أنه جعل عوضاً كان للمرأة المطالبة بإيجابه توفيراً على الشبهين حظهما، ولهذا سقط كله بالطلاق[٣]، وإنه لا يُسقِط المهرُ الواجبَ كله، وكذلك بموتهما على أصل أبي حنيفة كما تسقطُ النفقة التي هي زائدة.

❁ قلنا: نعم؛ كان النّكاح في الأصل للضم بين الزوجين لقضاء شهوة الفرج وطلب النسل؛ فكان ازدواجاً بالفعل فنقل إلى ازدواج يثبت بالملك شرعاً وحكماً، وصار أصلاً في الباب على ما مر وغيره تبع، فلا يثبت إلا مشتركاً على ما مر، فأما السقوط بالطلاق على أصلنا فدليل على وهاء الوجوب عند المقابلة بالمفروض لا على نفي الوجوب كما يسقط النصف مِن المفروض بالطلاق ولم يدل على عدم الوجوب قبله، فأما السقوط بموتهما[٤] فذلك استحسان لقيام دليل الاستيفاء على ما نذكر في موضعه فإنَّه مسألة خلاف بيننا.

❊ فإن قيل: إنَّا لا نسلِّم أن المهر عوض ولكنه صلة للمرأة كالنفقة.

❁ قلنا: قد أقمنا الدليل على أنه عوض، ولو كان صلة لما سقط بالطلاق

[١] «ن»، وحاشية «أ» زيادة: (و).

[٢] «ن» (بأخذ عوض).

[٣] «ن»، وحاشية «أ» (بالضمان).

[٤] «أ» (بموتها).

قبل الدخول إذا كانت واجبة قبل الدخول ، ولما وجبت بقدر حال المرأة ، وإنما كان يجب بقدر حال الرجل في العسر واليسر كالنفقة ، ولما وجبت جملة لأن الصلات تجب دارَّة[١] بقدر الحاجة ، ولما وجبت[٢] حالَ الاستيفاء منها بلا عقد ، فالمهر هو العقد[٣] الذي يجب لها بالوطء على سبيل التعدي .

ألا ترى أنه مرة يجب بالعقد ومرة بالإتلاف على سبيل التعدي كالبدل يجب بإتلاف مال الغير ، وإذا كان كذلك كانت صفةُ البدلية إلى الواجب بالعقد أثبتَ مما إذا وجب بالتعدي ، وتبين بوجوب الفقر[٤] حال التعدي لها على الرجل دون أن يجب له عليها أن المستوفي بالاستحلال[٥] شيء منها دون الرجل ، فكذلك إذا ملك بالعقد ذلك[٦] الذي يستوفي بالتعدي يكون عليها[٧] وحدها ، وعلى ما بينَّا مستقصًى ولا إشكال بعد التسمية أن المهر عوض حكماً ولغة ، وإذا ثبت هذا ، ثم إن الشرع شرع العقد على ذلك بعوض[٨] كان الواجب عوضاً[٩] عن ذلك المتقوم بالتعدي كما في باب الأموال ، إلا أنا لم نوجب البدل إذا كانزنا يوجب الحد ؛ لأنَّ الحد نافاه على ما بينا في موضعه ، كأخذ المال على سبيل السرقة الموجبة للقطع ينافي الضمان ، وإذا استوفى القطع بقي المال عنده غير

[١] «ص» (تارة).
[٢] «ن» ، «ص» ، وحاشية «أ» زيادة: (صلة).
[٣] «ن» (العقر).
[٤] «ص» (العقر).
[٥] «ن» (بالاستحلاف).
[٦] «ص» (ولكن).
[٧] «ن» (لها).
[٨] «ص» ، «أ» (بعوض) ، وفي حاشية «أ» (العوض).
[٩] «ن» (العوض واجبا).

مضمون لا لأن المال غير متقوم ولا مضمون الأخذ[١] في الأصل، ولكن لتحقق ما ينافيه، وكذلك العقد[٢] متى فسخ من الأصل من حيث لم يبق له أثر سقط المهر ولو كانت استوفت رُدتْ على الزوج ولو كان صلة[٣] لما ردَّت كالنفقة؛ ولأنّ الذي يتعلق[٤] بالعقد وجوب العوضين لا غير، وإذا كان [الفسخ][٥] بعد الدخول لم يسقط المهر؛ لأنه لا يتصور الفسخ في حق ما استحل منها واستوفى بالوطئ، وذلك كاف لبدلية المهر فإنه بلا عقد يوجبه إذا لم يجب الحد بلا خلاف، ولأنّه لو كان صلة لما اختلف الجواب بين رضاها بدون المهر وعدم رضاها كالنفقة، ويجوز أن يكون المهر مالاً في مقابلة ما ليس بمال كبدل الطلاق والعتاق وبدل الصلح عن دم العمد كما لو وطئها بشبهة.

فإن قيل: لو كان المهر عوضاً لما صح العقد بدون تسمية.

قلنا: لولا الشرع لكنا لا نجوزه إلا أن الشرع لما جوزه علم أن المهر تبع في الباب، وليس كالثمن في البيع.

|٦٣٤| **مسألةٌ:** والمهر مقدر بعشرة دراهم عندنا.

وقال الشافعي(٦) رحمه الله: أنه غير مقدر[٧] لقول الله تعالى: ﴿فَنِصۡفُ مَا

[١] «أ»، «ن»، «ص» (بالأخذ).

[٢] «ص» (العقر).

[٣] «ص» (أصله).

[٤] «ص» زيادة: (وجوبه).

[٥] ما بين [ ] ليس في «س»، والمثبت من «أ»، «ن»، «ص».

(٦) انظر: «الأم للشافعي» (٤١٣/٦)، «مختصر المزني» (٢٨٤/٨)، «الحاوي الكبير» (٤٠٠/٩).

[٧] «ن»، وحاشية «أ» (مقدور).

فَرَضْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٣٧] وقد يكون المفروض خمسة فيجب تنصيفها بظاهر هذه الآية، ولأنّه بدل في عقد معاوضة فيكون التقدير إلىٰ العاقدين قياساً علىٰ الثمن والأجرة؛ ولأنّ كل مال صلح أن يكون ثمناً صلح أن يكون مهراً قياساً علىٰ العشرة، وهذا يرجع إلىٰ المسألة الأولىٰ؛ فإنه ذكر فيها أن إيجاب البدل خالص حقها حتىٰ إذا رضيت بلا بدل وجب الملك بلا بدل، فيكون التقدير إليها أيضاً؛ لأن المالك يتصرف كيف شاء فيما[١] خلص له، فهذا تأثير العلة الأولىٰ.

فأما الوصف الآخر فلأن الله تعالىٰ شرط صفة المالية للمهر ولم يشترط المقدار فقال: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ أَن تَبْتَغُواْ بِأَمْوَٰلِكُم﴾ [النساء: ٢٤] والمراد به مال كل واحد منكم لا أموال كل واحد كما يقال: "ركب القوم دوابهم"، وإنما يراد به دابة كل واحد بدلالة أن أحدا لم يقل أن صنوف الأموال شرط لصحة المهر، ولا أيضا كل مال الرجل، فثبت أن المراد به نفس المال؛ ولأنّ الرجل قد يملك ذلك وقد لا يملك إلا درهماً واحدا، فإذا جعله مهراً صح كما شرط في باب الأثمان[٢] نفس المالية لا مقدارُها فجَرَيَا[٣] مجرىٰ واحداً في الشرع، فكان ثبوت المال ثمناً دليلاً علىٰ ثبوته مهراً لتساويهما في أصل الشرع، وكذلك ثبوته مهراً دليلٌ علىٰ ثبوته ثمناً.

وأما علماؤنا فإنه يحتج لهم بقول الله تعالىٰ: ﴿وَٱمْرَأَةً مُّؤْمِنَةً إِن وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ﴾ إلىٰ قوله: ﴿لِكَيْلَا يَكُونَ عَلَيْكَ حَرَجٌ﴾ [الأحزاب: ٥٠] فمنَّ علىٰ رسول الله بثبوت ملك النّكاح له بغير بدل كيلا يحرج[٤] بلزوم المهر، والحرج في لزوم

[١] «ص» (فيها).
[٢] «ص» (الإيمان).
[٣] «ص» (فجرىٰ).
[٤] «ن» (يخرج).

مال مقدر لا نفس المال لأن نفسه من غير قدر متيسر وجوده، وأما المقدر منه فقد يتعذر وجوده، وقال ﷺ[1]: ﴿قَدْ عَلِمْنَا مَا فَرَضْنَا عَلَيْهِمْ فِيٓ أَزْوَٰجِهِمْ﴾ [الأحزاب: ٥٠] أي: أوجبنا مالاً مقدراً؛ لأن الفرض في اللغة عبارة عن التقدير، فأضاف إلى نفسه الإيجاب والتقدير جميعاً؛ فعلم أنهما واجبان شرعا، ولما ذكرنا أن الله تعالىٰ لم يبح هذا الملك إلا بمال إبانة لخطره وصيانة له، وإنما يتبين ذلك بمال مقدر؛ لأن نفس المال يوجد مُهانا مطروحاً علىٰ الطرق، كحبة حنطة وشِق تمرة أو نواة[2] أو كسرة خبز، وإنما يعز فيكون له الخطر إذا بلغ مقداراً، وإن اختلفت أحوال الناس في ذلك، والخطر إنما يثبت لهذا الملك إذا لم يثبت إلا بمال له خطر، فأصل المالية للمهر مستفادة من آياتهم، والمقدار من هذه الآية.

وعن أبي الزبير المكي، عن جابر بن عبد الله الأنصاري عن النبي ﷺ أنه قال: «**لا يزوِّج النساء إلا الأولياء، ولا يزوجن إلا من الأكفاء، ولا مهر أقلَّ من عشرة**»(٣)، ورویٰ هذا الحديث عمرو[4] بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ، إلا أنه قال: «**ولا مهر دون عشرة ولا قطع في أقل من عشرة**»(٥)، فصارت العشرة مقدارًا في الباب، ومن غير الدراهم لا يتقدر بالعشرة، فتعينت الدراهم ضرورة؛ ولأنّ المتعين في معاوضات[6] الناس للبدل: الدراهم والدنانير؛

---

[١] «ص» (وقد قال علماؤنا).

[٢] «ن» (نواها).

(٣) تقدم تخريجه.

[٤] «ص» (عمر).

(٥) رواه أحمد (٦٨٩٩)، والدارقطني (٤/٢٦٠ برقم ٣٤٢٨) وقال الهيثمي في مجمع الزوائد (٦/٢٧٣): «رواه أحمد، وفيه الحجاج بن أرطاة وهو مدلس، ونصر بن باب ضعّفه الجمهور، وقال أحمد: ما كان به بأس».

[٦] «ن» (مفاوضات).

فانصرفت العشرة إلىٰ إحداهما ، فثبت[١] الأقل ، وعن علي وابن مسعود وابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم أنهم قالوا: «لا مهر أقل من عشرة»(٢) ، وعن علي رضي الله عنه: «أدنىٰ ما يستحل به الفرج عشرة دراهم»(٣) ، وهذا باب لا يعرف قياساً علىٰ زعمه ، فثبت أنهم قالوه سماعاً عن النبي عليه السلام .

وأمّا الأخبار الواردة في هذا الباب الدالة علىٰ جواز المهر دون عشرة ، فيحتمل أنها كانت قبل ثبوت المهر شرطاً شرعاً لا بد منه ، ويحتمل أنه كان بعد ذلك فلا تبقىٰ حجة كانت أقوالاً أم أفعالاً لاختلاف الحال ، أو يحمل علىٰ ذلك بدلالة أخبارنا ؛ لأن شرط أصل المهر عارض ثبت بشرعنا[٤] ، فكذلك التقدير فيدل علىٰ التأخر عن الخبر الذي لا يوجب المهر أو[٥] المقدار ، علىٰ أنه لم يرو في الباب ما يكون حجة لهم قاطعة علىٰ نفي التقدير ؛ فإن المروي في هذا الباب ما رواه جابر بن عبد الله عن النبي عليه السلام أنه قال: «**من بذل جفنة من طعام في بضع امرأة فقد استحل ، ومن استحلها بدرهم فقد استحل**»(٦) وعندنا الاستحلال[٧] الشرعي يثبت[٨] بهذا ، ولكن المهر

---

[١] «ص» (فتعينت).

(٢) رواه عبد الرزاق في مصنفه (٢٨٠٨٩) ، والدارقطني (٣٥٩/٤ برقم ٣٦٠٣) ، والبيهقي في السنن الكبرىٰ (١٤٣٨٦).

(٣) رواه البيهقي في «السنن الكبرىٰ» (٣٩٣/٧) برقم (١٤٣٨٥) وفيه داود الأودي ضعيف.

[٤] «ص» (شرعا).

[٥] «ص» (ولا).

(٦) رواه أحمد في مسنده (٣١٢٩/٦) برقم (١٥٠٥٢) ، والدارقطني (٣٥٤/٤) ، والبيهقي في سننه الكبير (٢٣٨/٧) برقم: (١٤٤٨٣) ، بلفظ: «لو أن رجلا تزوج امرأة علىٰ ملء كف من طعام لكان ذلك صداقها».

[٧] «ن» ، وحاشية «أ» (الاستدلال).

[٨] «ص» (يقع).

لازم[١] عليه وليس[٢] في الحديث ذكره، وإنما سيق الحديث لبيان أن النّكاح لا يكون إلا بمال بخلاف ما عرف من قبل، وأنه ساكت عن شرط التقدير، وكذلك النبي ﷺ زوج رجلاً امرأة بما معه من القرآن(٣)، وتأويله عندنا لما معه تطييباً لقلبها؛ فإنها كانت وهبت نفسها لرسول الله، وكذلك طلب من الزوج شيئاً يصدقها أن يعجل لها لأن الإيجاب لا يفتقر إلى الإحضار[٤] بدلالة أن المذهب عندنا أن الإجارة على تعليم القرآن لا تصح، وعين القرآن لا يصلح مهراً، ولأنّه إذا جاز له أن يريد تعليم القرآن ويكون ضرباً من المجاز جاز لنا أن نحمل الباء على اللام[٥] مجازاً؛ ولأنّ الإجارة على تعليم ما معه لا يجوز[٦] بالإجماع؛ لأنه مجهول؛ ولأنّ عين التعليم لا يستحق بالإجارة، وإنما يستحق بتسليم[٧] النفس للتلقين، فإن التعليم لا يكون إلا بعلم المتلقن، وليس في وسع المعلم ذلك.

وأما المعنى في المسألة: فما مر في المسألة الأولى؛ ولأنّ المهر مال في عقد لم يجعل أصل الإيجاب إلى المتعاقدين، فلذلك تقديره لا يكون إليهما قياساً على الجزية[٨] في عقد الذمة، وعلى عكسه تمليك المال وبدل الأمان المؤقت، وإنما قلنا أن أصل الإيجاب ليس إليهما لما ذكرنا أن ملك المتعة لا يثبت بالسبب المشروع لإيجابه قصداً إلا بمهر سمي أو لم يسم، وكذلك على

[١] «ص» (لا يقر).
[٢] «ص» (ولكن).
(٣) رواه البخاري (٢٣١٠)، ومسلم (١٤٢٥)، عن سهل بن سعد رضي الله عنه.
[٤] «ن» (الإحصار).
[٥] «ص» (الأمر).
[٦] «ص» (لا يصح).
[٧] «أ» (تسليم).
[٨] «ص» (الحرية).

مذهب الشافعي، وإن لم تجب بنفس العقد فإنه يوجب من بعد، فأما الأمة المشتراة أو[١] المملوكة هبة فتوطأ بلا مهر بإزاء المتعة لأن ذلك العقد شرع لملك المال، إلا أن ملك الرقبة مالاً يتضمن ملك المتعة تبعاً، والتبع حكمه حكم المتبوع، والكلام فيما يثبت مقصوداً.

ألا ترىٰ أنه لا يحل النكاح إلا بشهود ولا يحل إلا الأربع، وبملك اليمين يملك[٢] كم شاء بغير شهود، وهذا المعنىٰ[٣] معقول، وهو أن أصل الإيجاب لما لم يجعل إليه علم أن أصل التقدير[٤] ليس إليه لأنه تصرف في الواجب الذي عليه إحضاره وما يكون علىٰ الإنسان، فإن من حكمه وجوبَ الخروج عنه علىٰ ما وجب بلا اختيار له، وإنما الاختيار فيما يكون له، وهذا كالأب أيضاً في مال ولده لما لم يملك تمليكه إلا ببدل لم يكن إليه تقدير البدل في الأصل.

وإنما عليه أن ينظر إلىٰ قدر الإطلاق له، وأنه راجع إلىٰ المسألة الأولىٰ حيث قلنا: إن أصل هذا الملك لا يخلو عن حق الله بخلاف ملك اليمين؛ فإنه خالص له، فيملّك[٥] كيف شاء ببدل وغير بدل وبقليل البدل وكثيره، وهذا الملك شرع للنسل، ولله تعالىٰ فيه حق، ولما ذكرنا أن هذا الملك خُص بشرط البدل لبيان خطره، والخطر لا يظهر بنفس المال علىٰ ما مر، بل بمال مقدر.

❁ فإن قيل: هذا بخلاف الجزية[٦] لأنها عقوبة وجبت لله فكانت مقدرة

[١] «ص» (و).
[٢] «س»، «أ»، «ن» (يحل)، والمثبت من «ص».
[٣] «أ» (لمعنىٰ).
[٤] «أ» (التعبير). والمثبت حاشيتها.
[٥] «ن» (فيملكه).
[٦] «ن»، «ص» (الحرية).

شرعاً ما لنا تصرف فيها بالزيادة كما لم يكن بالنقصان كالحدود، وبعد الوجوب يبقىٰ حقاً لله ما إلينا إسقاطه أيضاً.

۞ قلنا: ما فيه[١] بيان علة أخرىٰ في الأصل، وذلك لا يضرنا بعد ما بيَّنَّا تأثير علتنا بأن قلنا إن تقدير الواجب تصرف في الواجب، فإذا كان عليه إيجاب الواجب لا إليه لم يكن التصرف[٢] فيما عليه مملوكاً له أيضاً بحكم ملكه، بل كان مستفاداً له من قِبل إطلاق غيره، والنزاع في هذا أن ذلك إليه بحكم ملكه خالصاً أو إلىٰ الشرع حقاً واجباً عليه.

ولا يلزمنا التقدير فيما زاد علىٰ العشرة؛ لأن الإيجاب إلينا فيما زاد علىٰ العشرة حتىٰ إذا كان العقد بعشرة لم يجب أكثر من ذلك، فكذلك التقدير بعد العشرة إلينا وإلىٰ العشرة علينا، وفيما علينا كان مقدراً شرعاً[٣] لا يتبدل بتبديلنا لا بزيادة ولا نقصان، فإنا إن نقصنا لم يثبت وإن زدنا لم تكن الزيادة مما أوجبها الشرع.

وإنما رددنا إلىٰ الجزية[٤] فيما صار علينا شرعاً إيجابه لا فيما كان إلينا فبدَلُ ملك اليمين إلينا إيجابه أصلاً، والجزية[٥] علينا إيجابها كلها، والمهر علينا الإيجاب إلىٰ مقدار معلوم وإلينا فوق ذلك، فلم[٦] يجز اعتباره في الأصل، والزيادة بأصل واحد، وهذا لبيان أن في ملك النّكاح لله حقاً وللمرأة أيضاً حقاً،

---

[١] «ن»، «أ» زيادة: (إلا)، «ص» (ما هذا إلا).

[٢] «ص» (بالتصرف).

[٣] «ص» (مشروعا).

[٤] «ن»، «ص» (الحرية).

[٥] «ن»، «ص» (الحرية).

[٦] «ص» (ما لم).

فلما كان لله تعالىٰ حق نُظر إلىٰ إطلاق الشرع ، وكانت هي كالمتصرفة في ملك[١] الغير ، وبعد تأدي حق الشرع نُظر إلىٰ اختيارها بحكم مالكيتها كما في ملك اليمي .

ودل عليه أن أصل المال ما له خطر علىٰ ما بينًا ، ولا يتأدىٰ به المقصود من الأموال مِن إقامة مصلحة ما ، ولهذا يهون علىٰ أربابها ، ففي كل موضع شرط الشرع مالاً لإقامة حكم فما شرطه إلا لفائدة مطلوبة من المال ، وذلك لا يحصل إلا بمقدر منه كالزكاة شرعها بالمال غنية للفقراء فكانت مقدرة .

والجزية مال شرعت عقوبة ؛ فإنَّ الإنسان كما يتألم بنقصان بدنه يتألم بنقصان ماله فشرعت مقدرة ؛ لأن الألم لا يحصل بفوات حبة ، وكان أصل المال بلا قدر بمنزلة أن لا مال لفوات فائدته ، فلا يصلح مشروعاً إلا عما يتأدىٰ[٢] بلا مال ؛ لأن الشرع لا يأتي بما لا فائدة فيه كالثمن القليل ؛ فإن ملك اليمين[٣] يجوز تمليكه بلا مال ، فكذلك بأصل المال الذي لا خطر له ؛ لأنه لما جاز التمليك بلا مال كان العوض المالي مشروعاً لحق العبد ، والعبد قد يفعل ما لا يستفيد به بل يتضرر ، فلم يسقط حكم المالية في حق فعله لسقوط فائدته ، ويسقط في حق الشرع ، فإذا كان كذلك كان المهر مشروعاً مالا يقتضيه ملك المتعة الثابت بالنكاح حتىٰ لم يجز بدونه علىٰ ما بينا إبانة لخطر هذا الملك وصيانة ، فلم يتأد بنفسه بل بمقدار منه ، ثم كمية المقدار إما أن يقال: عُرف بالسنة علىٰ ما روينا ، أو استدلالاً بنصاب السرقة ؛ فإن[٤] المقدار الذي يُثبت الخطر للناس مما يتفاوت بتفاوت

---

[١] «ص» (حق).

[٢] في هامش «س» ، «أ» (ينال خ).

[٣] «ص» (الثمن).

[٤] «ن» ، وحاشية «أ» (صار).

القلوب والأخلاق، فيصير إلى تعرفه من طريق الشرع، وأقل مقادير الشرع لبيان خطر المال نصاب السرقة؛ فإنه يستباح بأخذه يد ذات خطر فيتبين به خطر المال المأخوذ وهو عشرة عندنا.

❁ فإن قيل: الوكيل بالبيع يملك البيع بقليل الثمن وكثيره عند أبي حنيفة، وأصل الإيجاب ليس إليه.

❁ قلنا: وكذلك التقدير ليس إليه، وإنما ملكه بتفويض صاحب المال إليه مطلق البيع، وكون البيع بيعاً لا يتعلق بمقدار من الثمن بل بأصله، فلا يلزم أصل العلة ولا المعنى المؤثر؛ فإن الإطلاق هناك[١] ثبت من جهة العبد، وقد ذكرنا أنه يستقيم منه فعل الشيء بدون ثمرته، فكذلك تمليكه غيره؛ وإنما قلنا في إيجاب الشرع وإطلاقه.

دل عليه: أن الله تعالى لما لم يجعل إلينا وضع الصلاة لم يجعل إلينا بيان مقدارها الذي يصلح صلاة شرعاً، ولما جعل إلينا أداءها نفلاً كان إلينا تقدير ركعاتها بعدما تصير صلاة شرعية في نفسها، ولما جعل علينا[٢] أداء الفرض لم يكن إلينا تقدير ركعاتها كما لم يكن إلينا تقدير أركانها، وعلى هذا صدقة الفرض والنفل، وأما الجواب عن قولهم: إن الواجب خالص حقها ويسقط بإسقاطها فقد مر مِن قِبَل أن الوجوب حق الشرع لإبانة خطر ملك النّكاح، ولإبانة أن للشرع فيه حقاً، فلم ينطلق التصرف كيف شاء المالك، فالحجر كما يثبت بعدم الملك فكذا يثبت بثبوت حق للغير محترم، فإذا تأدى حق[٣] الشرع في إيجاب ملك

---

[١] «ن»، «ص»، وحاشية «أ» زيادة: (بمال).

[٢] «ص» (لم يجعل إلينا).

[٣] «ص»، وحاشية «أ» (شيء).

النكاح على المرأة بشروطه خلص الحق في المهر لها لأنَّه مال فصح إسقاطها حتى لم تملك المطالبة بالإيجاب بعد ذلك وملكت المطالبة بالإيجاب إذا زوجت بغير مهر، وأما قول الله تعالى ﴿فَنِصۡفُ مَا فَرَضۡتُمۡ﴾ [البقرة: ٢٣٧] فذلك منصرف إلى فرض[١] صحيح شرعاً؛ فإنه لو سمى لها خمراً لم يصح ولم يتنصف بالطلاق، والنقصان عن العشرة لا يصح عندنا، وأما قوله إنه بدل في عقد معاوضة فلا يصلح علة لما ذكرنا حتى يزيد فيقول: "إنه بدل في عقد معاوضة جعل إلى المتعاقدين إيجاب العوض[٢] وإثبات صفة المعاوضة[٣] بدليل ما مر.

وقولهم: ما صلح أن يكون ثمناً صلح[٤] مهراً فلا يصح لما ذكرنا أن الثمن جعل إليهما إيجابه، فكذلك التقدير ولا كذلك المهر، والله أعلم.

[٦٣٥] مسألةٌ: إذا تزوج امرأة على خمسة دراهم كان لها عشرة، وقال زفر: لها مهر المثل لأن التسمية فاسدة شرعاً بدليل أن العقد لا يقِرُّ عليها فصار كتسمية الخمر؛ إلا أنا نقول فاسدة في حق الشرع دون حقها لأنه في حقها بمنزلة الثمن على ما بينَّا، وحق الشرع يتأدى بالعشرة فلا يظهر بطلانها بعد ذلك لحقها بخلاف ما إذا تزوجها بلا مهر؛ فإن لها مهر المثل لأن التسمية معدومةٌ أصلا، وهي محجورة[٥] عن التمليك بلا عوض، ولأنّ رضاها[٦] بالتمليك بهبة[٧] لا يكون

[١] «ص» (ملك).
[٢] «ص» (العوضين).
[٣] «ن» (المتعارضة).
[٤] «ن» زيادة: (أن يكون).
[٥] «ص» (وهو محجور).
[٦] «أ» (رضا).
[٧] «ن»، «ص» (هبة).

رضا بالتمليك بعوض يسير؛ لأن المرء قد يهب ماله تكرماً؛ ولا يبيع إلا بثمنٍ مثله؛ لأنَّ المقصود مع العوض عوضه لا التكرم، فأما الرضا ببدل يسير يكون رضا بأكثر منه ضرورة فلذلك[1] بقيت تسمية الخمسة معتبرة بقدر العشرة، ولم يبق الرضا بغير بدل معتبراً مع العشرة.

|٦٣٦| مسألةٌ: إذا تزوج امرأة على عبد أو ثوب هروي أو شاة صحّت التسمية وكان لها الوسط ممّا سمّى؛ إن شاء الزوج أدى المسمّى بعينه، وإن شاء أدى القيمة.

وقال الشّافعي(٢): التسمية فاسدة ولها مهر مثلها، وكذلك هذا الاختلاف في كل معاوضة مال بما ليس بمال، كالعتق على مال أو الصلح عن دم العمد أو الخلع أو الكتابة[3].

فجهالة وصف المسمى عندنا لا تمنع صحة التسمية وجهالة الجنس كالحيوان والثوب تمنع صحتها؛ فإن الثياب عندنا أجناس مختلفة على ما عرف في موضعه من البيوع، وأما تسمية الدار ففاسدة لأن العقارات لا تثبت ديناً في الذمة لا لجهالة الوصف.

وجه ما ذهب إليه الخصم ظاهر، وهو أن النّكاح عقد معاوضة، فجهالة صفة العوض تمنع صحة تسميته ديناً قياساً على البيع بخلاف الأقارير والوصايا؛ لأنها ليست بمعاوضة فلا يعتبر قول المستحق؛ لأنه وجب له بقدر ما أوجبه

---

[1] «ص» (فكذلك).

(٢) انظر: الأم للشافعي (٥/٦٤ ـ ٦٥)، الحاوي الكبير (٩/٤١٦ ـ ٤١٧).

[3] «ص» (الكفالة).

الموجب على نفسه والأدنى متيقن، وإلا على مشكوك فيه فلا يجب فلا يعتبر قوله فيما لم يجب له. ألا ترى أنه إذا أقر له بدراهم صح ولزمه ثلاثة دراهم، وإذا أقر بمال صح مع جهالة الجنس ولزمه ما يبينه.

وفي المعاوضات إن قال الزوج: لم يجب لكِ الأعلى لمعنى الشك فتقول له المرأة: لم تجب لك نفسي بالأدنى بالشك أيضاً، وإنما وجب بالأعلى، فيجب اعتبار الجانبين جميعاً، فيجب على هذا مراعاة القولين جميعاً، وإثبات المعارضة[١] بينهما فلا يمكن إثبات أحدهما مع المعارضة[٢] فيفسد كما في جهالة الجنس والعدد.

ألا ترى أن الله تعالى أوجب في الكفارة الكِسوة، وهي مجهولة الجنس، والمتعة وهي ثياب مجهولة الجنس؛ لأنها ليست بتسمية عوض بخلاف ما إذا تزوجها ولم يسم لها مهراً؛ لأنه وجب حكماً وقد يجب حكماً ما لا يصح تسميته قصداً؛ فإن من أتلف عبداً أو مالاً لإنسان لا مثل له من جنسه يجب قيمته حكماً، ولو سمى قيمته بدلاً عنه بيعاً لم يجز.

وكذلك تجب المتعة حكماً وهي ثياب مجهولة الجنس[٣]، ولأنّ كل جهالة أفسدت التسمية سَلما أفسدت مهراً قياساً على جهالة الجنس؛ ولأنّ المذهب عندكم أن الزوج إذا جاء بالقيمة أجبرت بالقبول، وإذا جاء بالعبد أجبرت فيصير كأنه تزوجها على عبد أو قيمته، ولو عيَّن العبد فقال: "علي هذا العبد أو قيمته"، لم تصح التسمية فإذا جهل العبد أولى، ولا يشكل الدية فإنها أسنان مجهولة؛

[١] «ص» (المعاوضة).

[٢] «ص» (المعاوضة).

[٣] «ص» في هذا الموضع (وهذا لأنها ليست بتسمية عوض).

لأنها ضمان إتلاف وأنه يخالف ضمان العقود.

ألا ترىٰ أن قيمة العين تجب بضمان الإتلاف ولا تجب بالعقد تسمية، وكذلك مهر المثل يجب بالوطء عن شبهة ولا يصح تسميته، وهذا لأنّ ضمان الإتلاف معتبر بالمتلف مِثلاً له؛ وأنه معلوم، وضمان العقد يجب بالتسمية فيُطلب[١] إعلامه من جهة التسمية.

ولعلمائنا: أن هذه تسمية لإيجاب المال ابتداء في الذمة فيصح بإعلام الجنس استدلالاً بتسمية الشرع الديةَ أسناناً[٢] مجهولة الوصف مئة من الإبل.

وإنما قلنا إنها لإيجاب المال[٣] ابتداء لما ذكرنا أن المبدل ليس بمال، وإنما يجب المال حقاً لصاحبه أول ما يجب بهذه التسمية.

وتأثيره أن المالية لما صارت حقاً لصاحبها في المسمىٰ ابتداء وإنشاءً لم يثبت بينه وبين الأصل معاوضة في صفة المالية، فأشبه الإيجاب بلا عوض؛ إلا أنه لما استحق عوضاً لم يُبن علىٰ الأدنىٰ، لأن للآخر[٤] فيه حقاً بأن يقول: ما أوجبت لك الأصل إلا بالأعلىٰ، فشرطنا تسمية مال يكون وسطه معلوما، فنعينه[٥] نظراً لهما وذلك في اسم معلوم جنسه، فالاختلاف بعده بأوصافٍ ثلاثة: الجيد والرديء والوسط، فيصير الوسط معلوماً [عدلا][٦] فتعين كما في الدية،

[١] «ن»، «ص» (فبطلت).
[٢] «ن»، «ص» (أسبابا).
[٣] «ص» (الملك).
[٤] «ص» (للمرأة).
[٥] «ص» (بنفسه).
[٦] ما بين [ ] ليس في «س»، والمثبت من «أ»، «ن»، «ص».

فإن حق الولي في الدية في أرفع ما سمِّي من الأسنان، وحقُّ من عليه في أدنىٰ ما سمي، وكذلك حق الفقير في الزكاة في أعلىٰ ما سمِّي، وحق صاحب المال في الأدنىٰ، فيُقضىٰ بالوسط نظراً إليهما جميعاً إذا احتَمل النصاب الطرفين[١] جميعاً.

فكذلك في مسألتنا يُقضىٰ بالوسط نظراً للزوجين جميعاً ليكون عملاً[٢] ببعض حق الرجل في الخسة[٣] وبعض حق المرأة في الرفعة، لأنهما[٤] متعارضان[٥] يجب مراعاة حقهما علىٰ السواء، والمساواة في الوسط بخلاف جهالة الجنس لأنَّا لا نجد واسطة تجمع ما يعيِّنه الرجل من خسيس الجنس وما تعيِّنه المرأة من رفيعه؛ لأن[٦] معنىٰ كل جنس ينعدم في الآخر أصلاً وبخلاف مبادلة مال بمال[٧] لأن التجارة شرعت لتنمية أصل المال الذي عند صاحبه، فلا بد من اعتبار قدر الأصل ثم قدر[٨] البدل ليظهر النماء بالسبب، فجعل من شرط جوازه كون البدل معلوماً في الجملة كما جعل من شرطه التراضي؛ ولأنّ المعاوضة لما ثبتت بصفة المالية، والمبيع لا بد من صيرورته مالاً معلوماً بالإشارة إليه؛ فكذلك العوض الآخر يجب أن يصير معلوماً مالاً، واختلاف الوصف يمنع أن يصير معلوماً مِن حيث أنه مال؛ لأنه يتفاوت بها؛ ولأنّ أكثر ما

[١] «ص» (الطريقين).
[٢] «أ» زيادة: (لا).
[٣] «أ» (الخمسة).
[٤] «أ» (وهما).
[٥] «ص» (متعاوضان).
[٦] «ص» (فإن).
[٧] «ص» (بما ليس بمال).
[٨] «ص» (بمقدار).

في الباب أن يصير ترك الأعلام شرطاً مفسداً، والنّكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة، وإذا صح وجب القضاء بما سمىٰ إذا كان يمكن القضاء به.

وقد ذكرنا أن جهالة الوصف لا تمنع الإمكان بخلاف البيع فإنه يفسد بالشروط الفاسدة، وإذا فسد لم يجز[١] ما سمىٰ فلا يجب القضاء به، وبخلاف ما إذا تزوجها علىٰ دراهم أو قيمة هذا العبد لأن الجهالة جهالة قدر العدد، وأسماء الأعداد نحو خمسةٍ وعشرة وألفٍ بمنزلة أسماء الأجناس ينعدم معنىٰ كل اسم بالآخر فلا يشتمل الوسط علىٰ معنىٰ الأعلىٰ والأدنىٰ.

وقد أوضحنا التغاير بين أسماء الأعداد في شاهدين شهد أحدهما بألف والآخر بألفين؛ ولأنّ أسماء الأعداد لا نهاية لها ليستخرج واسطتها، وكذلك أسماء الأجناس؛ فإن اسم الحيوان يعم ما لا يوقف عليه من الحيوانات فلا يمكن استخراج الواسطة، فأما الأنواع من جنس واحد فمحصورة[٢]؛ ولأنّ المسمىٰ باسم الشاة لا يختلف باختلاف وصفه لو كانت عيناً، ويختلف باسم الجنس ويختلف بالأعداد أيضاً، فزيادة العدد تكون غير الناقص، ولا يكون وصفاً له.

❁ **فإن قيل:** إن هبة شاة غير مشار إليها لا تجوز، وأنها لإيجاب المال ابتداء.

❁ **قلنا** الفساد: ليس لجهالة الوصف فإنها وإن أعلمت لم تصح حتىٰ يكون ملكاً مشاراً إليها؛ لأنها شرعت لإيجاب الملك فيما هو مال مملوك لا لإيجاب مالٍ لم[٣] يكن ملكاً قبل الهبة، وهبة ما في الذمة إضافة إلىٰ ما لم يكن أصلاً ولا

[١] «ن»، «ص»، «أ» (يجب).

[٢] «ص» (فمتصورة).

[٣] «أ»، «ص» (مالم).

مملوكاً له ، فأما النّكاح فمشروع لإيجاب المهر مالاً في الذمة ابتداء كالبيع في حق الثمن فلا يبطل بعدم الإشارة إلىٰ ملك قائم للزوج ولا عين مشار إليه ، وإنما يبطل للجهالة ، وتعليلنا كان لبيان أن هذه الجهالة غير مفسدة لإيجاب المال [غير][١] مبتدإٍ.

❁ فإن قيل: إن الشرع أوجب في الجنين غرّة عبداً أو أمةً(٢) ، وفي القتيل إبلا أو دراهم(٣) ، ولا يجوز مثله في تسمية المهر.

❁ قلنا: إنما جاز في الشرع علىٰ أن للولي خياراً فيزول جهالة الجنس باختياره ، وههنا يجوز عندنا إذا شرط الزوج لنفسه خياراً ، إلا أن الخيار ههنا لا يثبت له إلا بشرط؛ لأن المرأة تنازعه في الاختيار إذا لم يكن شرط الخيار لأحدهما؛ لأن العقد عقد معاوضة فيستويان في الاستحقاق بسببه. وفي باب الدية الوجوب بسبب الإتلاف ، والإيجاب يخص[٤] المتلِف فلا يبقىٰ للآخر[٥] حق المنازعة لأنه[٦] مستحق علىٰ الخصوص ، وهذا مستحق عليه علىٰ الخصوص فلا تثبت الزيادة بكلمة ، أو وفيه شك.

❁ فإن قيل: وبهذا المعنىٰ نحن فرقنا بينهما.

❁ قلنا: إن المنازعة بعد إعلام الجنس تقع بالأوصاف ، وقد أمكن رفعها

---

[١] ما بين [ ] ليس في «أ» ، «ن» ، «ص».

(٢) رواه البخاري (٥٧٥٨) ، ومسلم (١٦٨١) ، عن أبي هريرة رضي الله عنه.

(٣) رواه النسائي (٤٨٥٣) ، وابن حبان (٦٥٥٩) من حديث عمرو بن حزم ، وقال أبو داود في المراسيل عقب حديث (٢٤٦): «قد أُسنِد هذا الحديث ، ولا يصح».

[٤] «أ» (يختص).

[٥] «ص» (الآخر).

[٦] «أ» (المنازعة علىٰ).

بتعيين الوصف[١] لاشتماله على ما تقوله المرأة والرجل من وجه دون وجه؛ لأن الشيء لا يختلف باختلاف وصفه، فلا يصير الوسط غير ما يدعيانه[٢].

ألا ترى أنه جائز في باب السلم قبض الوسط مكان الرديء والجيد جميعاً، والاستبدال باطل.

ألا ترى أنه لا يجوز قبض الشعير عن الحنطة ولا عن الذرة؛ لأن الجنس مختلف فيصير استبدالاً بغير السلم.

ولأنّا استدللنا بإيجاب الله الشاة أو الإبل في الدية على وجه لا خيار لمن عليه وإنما يلزمه الوسط لا أدنى ما ينطلق عليه الاسم إلا أن يكون النصاب كله مهازيل، وعلى هذا تسمية الله الكسوة في كفارة اليمين صحيحة، وهي[٣] مجهولة الجنس لأنها جازت على أن للحالف خيار التعيين[٤]، ومثله يجوز في مسألتنا، والخيار ثبت فيها بنفس الإيجاب لما ذكرنا أنّه وجب لا بسبب معاوضة لمنازعة[٥] غيره في التعيين.

فأما الجواب عن الأول: فما ذكرنا من الفرق بينهما وبخلاف السلم لأنه بيع؛ وقد مر جوابه، وعن الثالث أن هذا بخلاف ما إذا قال: علي هذا العبد أو قيمته؛ لأنّ قيمته دراهم مختلفة العدد؛ لأنه لا بد من اختلاف يقع بين المقومين[٦]، فيصير كما لو قال: عليَّ عبد أو دراهم فيفسد لأن الدراهم مجهولة

[١] «ن»، «ص»، «أ» (الوسط).
[٢] «ص» (يدعيه).
[٣] «ن» (ولا).
[٤] «ن» (التعفيف).
[٥] «ص»، وحاشية «أ» (لينازعه).
[٦] «ص» (الفريقين).

القدر[١]، وما له خيار التعيين.

فأمّا إذا قال: علي عبد؛ فما سمَّىٰ دراهم، وجهالة العبد لا[٢] تمنع صحة التسمية فصحت، ولكنا لا يمكننا رفع المنازعة إلا بالوسط، ولا يمكن استخراج الوسط إلا بمعرفة أعلىٰ الأنواع وأدناها، ثم يعتبر الوسط، وذلك[٣] السندي عندهم لأنّه بين الرومي والحبشي، ثم النظر إلىٰ الوسط من السِّندية والوسط لا يمكن الاستخراج إلا بالتعرف عن القيم ليوجب ما بين الطرفين، فيكون هذه قيمة وجب اعتبارها بناءً علىٰ تسمية مسمىٰ معلوم فجاز أن يثبت كما إذا تزوجها علىٰ عبد بعينه فاستحق، أو هلك فإن القيمة تجب مهرا أو[٤] تتنصف بالطلاق قبل الدخول لأنها وجبت بناء علىٰ مسمىٰ معلوم لا ابتداءً إلا أن في مسألتنا يتخير الزوج بين القيمة والعبد ولا يتخير في العبد العين؛ لأن القيمة وإن وجبت بناء علىٰ تسمية العبد وجبت ليعرف بها العبد الوسط فصارت مثل العبد[٥] الذي يُقضىٰ به وصارت أصلاً في الإيفاء اعتباراً، والعبدُ أصلاً تسميةً فيتخير[٦] الزوج لأنه إنما وجب اعتبار القيمة لإمكان التسليم وهو عليه دون المرأة، فأشبه إيجاب الكسوة في الكفارة.

بخلاف قوله: علي عبد أو دراهم لأن الدراهم وجبت مسماةً بعقد معاوضة فلا ينفرد أحدهما بالتعيين، وهذه القيمة وجبت لما[٧] عليه من التسليم ليتمكن

---

[١] «ص» (العدد).
[٢] «ص» زيادة: (يصح).
[٣] «أ» (وكذلك).
[٤] «ن» (و).
[٥] «ص» (فصار العبد).
[٦] «ص» (فيخرج).
[٧] «ن»، «ص»، «أ» (بما).

منه لا بالعقد.

ومن مشايخنا من يحتج فيقول: بأنا لو أبطلنا هذه التّسمية لوجب مهر المثل، وفيه جهالة فوق هذه إلا أن هذا ضعيف؛ لأن مهر المثل قد يكون مختلف الجنس ولا إشكال في المتعة بعد الطلاق؛ فإنها ثياب[١] من أجناس مختلفة.

ثم لا يدلّ على أنّ المسمّى إذا كان مجهول الجنس وورد الطلاق قبل الدخول يجب نصف المسمّى[٢] احترازاً عن المتعة[٣] وهذا لأن مهر المثل وكذلك المتعة لا يجب بالتسمية شرطاً بل دفعاً للضرر عن المستحق عليه فيجب معدلاً[٤] في الأصل[٥] ومقدراً بمعيار يمكن الوصول إليه في القضاء وما يجب شرطاً لا يجب مقدراً بالأصل، فما[٦] له معيار في القضاء[٧] سوى الشرط وما يفهم منه، فإذا تناول أشياء مختلفة لم يجعل البيان فيها إلى أحد الخصمين صار القضاء متعذراً فيجب إفساده إلى خلَفٍ له معيار يمكن القضاء به، فمن هذا الوجه يصير مهر المثل والمتعة أولى من المسمى المجهول؛ ولأنّ الحكميات تجب ضرورة والقصديات باختيار منا فلا يراعى لما يجب ضرورة شروط حال الاختيار؛ ولأنّ مواضع الضرورة مستثناة عن أصل القياس، ألا ترى أنه إذا تزوج

---

[١] «ص» (بيان).

[٢] «ص» (وجب المسمى).

[٣] في هامش «أ» (ولم يجب نصف المسمى في مجهول الجنس احترازاً عن المتعة فكذا ههنا لا يجب نصف المسمى احترازاً عن مهر المثل).

[٤] «ن» (معه لا).

[٥] «أ»، «ن»، «ص» (بالأصل).

[٦] «ص» (كما).

[٧] «ص» (للقضاء).

امرأة على قيمة هذا العبد لم يجز تسميته، ويجب مهر المثل، وجهالة مهر المثل أفحش من جهالة قدر قيمة العبد بين المقومين.

وكذلك إذا باع رجل داراً بعبد استحق الشفيع بقيمته ويجوز لأنها تجب بناءً على العبد ولا يجب[١] تسمية القيمة ابتداء، فثبت أنه لا وجه لتصحيح هذه التسمية إلا ببيان قطع المنازعة بين المتعاقدين بتعيين[٢] الوسط من الوجه الذي ذكرناه واعتبار ذلك بالشاة في الزكاة؛ فإنها لما وجبت على سبيل النظر لصاحب المال والفقير جميعاً وإن كانت صلة للفقير وُفِّر النظر عليهما بتعيين الوسط.

فكذلك ههنا لما وجب النظر لهما على السواء[٣] بحكم المعاوضة توفر بتعيين الوسط وبالمعقول[٤] الذي ذكرنا أن الوسط لا يكون غير ما تدعي المرأة والرجل، بل يشتمل عليهما، فلم يكن في تعيينه رداً بل كان إبقاء كما كان إبقاء في باب السلم إذا أوفى الوسط عن الرديء أو الجيد، وإذا أمكن قطع المنازعة بالوسط أشبه[٥] الآن[٦] الأقارب[٧] من الناس بمثل هذه التسمية من الحيوانات والوصايا، وأمكن[٨] القضاء بها ورفع الجهالة بأدنى ما ينطلق عليه الاسم وهي مسألة مشكلة لا تنال إلا بتأمل ونظر على إنصاف، وما التوفيق إلا بالله.

---

[١] «ص» (يجوز).

[٢] «ص» (بنفس).

[٣] «ص» (الشراء).

[٤] «ص» (المعقول).

[٥] «ص» (اشتبه).

[٦] «ص» (إلا أن).

[٧] «س»، «أ»، «ص» (الأقارير)، والمثبت من «ن».

[٨] «ص» (وما أمكن).

|٦٣٧| **مسألةٌ**: إذا تزوج امرأة على هذا العبد فإذا هو حرّ أو على هذا الدنّ(١) من الخل فإذا هو خمر وجب لها مهر المثل عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقال أبو يوسف رحمه الله: لها مثل المشار إليه كما لو كان المشار إليه على ما سمى ولكنه استحق، وقال محمد رحمه الله بقول أبي حنيفة في الحر، وبقول أبي يوسف في الخمر.

لأبي يوسف رحمه الله: أن المسمى عبد فيصح كما لو لم يشر إليه بل أولى؛ لأنه إذا لم يشر إليه كان مجهول الوصف مع اعتبار الوصف حقاً للمتعاقدين، وإذا أشار كان معلوماً باعتبار المسمى بالمشار إليه وإن كانا[٢] غيرين، وإذا صح ولم يمكن التصحيح على عين المشار إليه وجب على قيمته ابتداء، ويجوز ثبوت القيمة مهراً ابتداء بناءً على تسمية معلوم القدر كما لو سمى عبداً غير عين على ما عرف[٣].

ويدل عليه: أنه ليس تحت الإشارة إلا انعدام صفة العبدية فيه وذا لا يمنع من صحة استحقاق الوصف بالتسمية كما إذا اشترى عبداً على أنه بصير فإذا هو أكمه(٤) مأيوس عن بصره؛ فإن الشرط صحيح، والبصير مستحق بمطلق البيع وبالشرط أيضاً حتى إذا شرط كاتباً وليس بكاتب استحق حتى رده بسبب فوته وإن كان لا يُستحق بأصل الشراء فكذلك ههنا.

وإذا كان داخلاً تحت الاستحقاق مع العدم في المشار إليه صحت التسمية لأنه مال معلوم، ثم تجب القيمة للعجز عن التسليم للعدم.

---

(١) الدَّنّ: من الأوعية، والجمع الدنان، كهيئة الجرّة، إلا أنه أطول. انظر: تهذيب اللغة (١٤/٥٠).

[٢] «س» (كان)، والمثبت من «أ»، «ن»، «ص».

[٣] «ص» (على ما مر).

(٤) الأكمه: الذي يولد أعمى. انظر: «الصحاح» (٦/٢٢٤٧).

أو نقول إن الحر والعبد جنسان مختلفان في حق الإمهار؛ لأن المهر لا يصح إلا مالاً، والحر مالك المال فلا اختلاف أكثر من هذا، وإذا صارا شيئين في حق ما يتعلق به صحة المهرية صارت العبرة للتسمية دون الإشارة كما إذا اشترى شاةً على أنها شاةٌ فإذا هي ظبية، فالبيع لا ينعقد وتكون العبرة للتسمية وهي معدومة[١]، فكذلك ههنا تصير العبرة لتسمية العبد.

وهذا لأنه متى كان المسمى وصفاً للمشار إليه كان تبعاً له؛ لأن الوصف لا يُستحق بنفسه فصارت العبرة للمتبوع كما لو كان الوصف قائماً ثم زال فإن العقد يبقى، ومتى كان اسماً لجنس آخر مثل المشار إليه لا يوجد[٢] أحدهما في الآخر فترجحت[٣] التسمية لأن المراد يحصل بالتسمية أكثر مما يحصل بالإشارة؛ لأن الإشارة تُعرِّف العين دون مائيته(٤)، والتسميةُ تعرف المائية، والرغبة في المائية أكثر بل هي المراد بالعقد، ويصير المشار إليه معياراً له أي عبد مثله فيصح كما لو قال عبداً بل أولى إلا أنه في العبد المطلق إن جاء بالعبد أجبرت المرأة على القبول لأنه المسمى بعينه.

وههنا لا تجبر على القبول لأن المسمى عبد مثل الحر ومثله عيناً[٥] لا يقدر عليه فيتعين[٦] القيمة لا لفساد[٧] تسمية العبد ولكن للعجز عن الوصول إليه بعد

---

[١] «ص» (للمسمى وهو معدوم).

[٢] «ن» (يؤاخذ).

[٣] «ص» (فصحت).

(٤) مائية الشيء وماهيته: كنهه وحقيقته، من حيث إنه مقول في جواب ما هو. انظر: «التعريفات» (ص:١٩٥).

[٥] «ص» (عندنا).

[٦] «ص» (فتعتبر).

[٧] «ص» (لإفساد).

الصحة كما في الاستحقاق بسبب التدبير أو الاستيلاد بخلاف تسمية الحر أو الخمر أو الميتة لأنها فسدت لعدم المحل؛ لأن محله مال له قيمة وما أشير إليه ليس بمال أو لا قيمة له، وفيما نحن[١] فيه المسمىٰ مال متقوِّم فصحت التسمية ووجب تسليم المسمىٰ وهو عبد مثل المشار إليه إلا أنه عاجز عنه فيسقط الخطاب بسبب العجز لا للفساد في نفسه.

ولمحمدٍ ﷺ: أن التسمية فاسدة في الحر لأنه من جنس العبد المسمىٰ؛ فإن الحر متىٰ استُرق لم يتبدل العينُ صورة ولا تبدل الغرض[٢] المطلوب منه من أعمال ذكور بني آدم؛ فإنه صالح لما كان يُطلب منه مِن قبْل ما تبدلت قواه[٣] التي هي علل المصالح، فتكون العبرة للإشارة دون التسمية كما إذا اشترىٰ هذا الكاتب فإذا هو ليس بكاتب؛ فإن العقد جائز؛ ولأنّ الفائت من المسمىٰ صفة للمشار إليه، فيكون العبرة للإشارة، لأن انعدام الوصف لا يوجب انعدام الموصوف علىٰ ما عرف، وإذا صارت العبرة للإشارة فسدت التسمية لإضافتها إلىٰ غير مال كما لو سمىٰ الخمر أو الميتة.

فأما الخل أو الخمر فجنسان كذلك؛ ذكره محمد بن الحسن في الأصل ولم يذكر دليله، وإذا كانا جنسين كانت العبرة للتسمية علىٰ ما ذكرنا لأبي يوسف ﷺ فيصير كما لو تزوجها علىٰ دنٍ من خل مِثْلِ المشار إليه فيصح.

والدليل علىٰ أنهما جنسان أن المعاني المبتغاة من الخل فائتة من الخمر وكذلك المبتغاة من الخمر فائتة من الخل فيصيران جنسين معنىٰ وإن كانا جنسا صورة، وهو أنه عصير العنب لم يتبدل بجوهره وذاته كما كانت الثياب أجناساً

---

[١] «ن» (يجب).

[٢] «ن» (الفرض).

[٣] «ن» «ص»، «أ» (قراه).

وإن اتفقت صورة، لاختلاف معانيها المبتغاة منها، وكذلك الذكر والأنثىٰ من نسل آدم جنسان وإن اتفقا صورة، لأن المعاني المبتغاة من الذكور غير المبتغاة من الإناث وهما جنس واحد من البهائم، لأن ما يؤكل منها فالمعنىٰ المبتغىٰ منه في الأصل الأكل[١] وقد اتفقا فيه وما لا يؤكل فالمبتغىٰ منه في الأصل الحمل أو الحراسة من الكلب والأنثىٰ والذكر سواء في ذلك فثبت أن اختلاف الجنس[٢] كما يكون باختلاف الصور فكذلك يكون باختلاف المعاني فهذا كلام محمد؛ وأنه معنوي.

وكلام أبي يوسف أن العبد غير الحر في حق المهر وأنهما جنسان فمعنوي أيضاً؛ فإن معاني المال كلها تفوت بالحرية[٣] أكثر مما تفوت بالموت فيصيران جنسين فيما يتعلق بالمالية، وتبين أن التسمية إنما تفسد أصلاً ويجب مهر المثل معها إذا لم يكن محل التسمية مالاً، ومتىٰ كان مالاً كان صحيحاً أمكن التسليم أم[٤] لم يمكن؛ هذه جملة لا خلاف فيها.

وإنما الاختلاف في التخريج، فأبو حنيفة ﵀ يقول: إن الحر من جنس العبد وكذلك الخل من جنس الخمر[٥]، فيكون العبرة [للإشارة][٦] متىٰ اجتمعت الإشارة والتسمية، وتصير التسمية صفة في المشار إليه تستحق تبعاً له تثبت بثبوت الاستحقاق في الأصل وتسقط بسقوط الأصل علىٰ ما هو الأصل في التبع والمتبوع.

[١] «أ» (المبتغىٰ في الأصل منه الأكل).
[٢] «ص» (الجنسين).
[٣] «أ» (بالحرمة).
[٤] «ص» (لو).
[٥] «ص» (وكذلك الحمر من جنس الخل).
[٦] ما بين [ ] ليس في «س» والمثبت من «أ»، «ن»، «ص».

ألا ترىٰ أنهم وافقونا في المشار إليه بعينه لو كان حراً حربياً فاستُرق وملكه هذا الزوج: أنه لا يلزمه تسليمه، وكذلك الخمر بعينه لو صارت خلاً لم يجب تسليمها وإنما عليه تسليم مثلها خلاً علىٰ قولهما ولا يجوز أن يقال غير هذا؛ فإنّ المشار إليه لم يكن مالاً حين سمي وفسدت التسمية في حق ما ليس بمال فلا يستحق تسليمه بالتسمية تبعاً لوصفه إلا أنهما[١] يجعلان العبرة للتسمية ويجعلانها غير المشار إليه مثلاً[٢]، وإذا ثبت هذا لم يبق علينا إلا أن نبين أنهما جنس واحد وهو أن المجانسة تعرف في الصور[٣] في الأصل، وقد يلحق الجنس صورة بجنسين لاختلاف المعاني علىٰ ما قاله محمد.

وإذا كانت المجانسة في الأصل باتفاق الصورة فباتحاد الذات والصورة أولىٰ أن يتعرف المجانسة والعبد يُعتق فيكون ذلك بعينه، والحر الحربي يسترق فيكون ذلك الذات بعينه، وكذلك الخمر تتخلل فيكون ذلك الذات بعينه لا يتبدل منه إلا وصف من مرارة[٤] إلىٰ حموضة كما في الحر والعبد، فثبت أن الحرية[٥] والرق صفتان تتعاقبان علىٰ شخص كالقيام والقعود ما فيهما تغيير الذات[٦] كالبيضة والفرخ، فلو جعلا جنسين لجعلا باختلاف المعاني علىٰ ما اعتبراه.

واختلاف المعاني إنما يكون علماً علىٰ اختلاف المجانسة مع مغايرة الذوات لأنه لا بد من اثنين وذاتين ليمكن أن يقال إنهما من جنس أو جنسين فثبت أن الذات الواحد لا يكون جنسين باختلاف صفاته.

[١] «ص» زيادة: (لا).

[٢] «أ» زيادة: (له).

[٣] «ن»، «ص»، «أ» (بالصور).

[٤] «ص» (المراضة).

[٥] «أ» (الحرمة).

[٦] «ص» (الذوات).

والذاتان قد يكونان جنسين باختلاف الصور، وإذا اتفقت الصور فقد يلحق بالجنسين باختلاف المعاني، فإذا كان كذلك جاز إثبات المغايرة بصفة الذكورة والأنوثة؛ لأنهما لا تثبتان إلا لشخصين[١] وكذلك بصفة الهروي والمروي في الثياب؛ فأما بصفة الحرية والرق أو الحرمة[٢] والخَلِّية فلا لأنهما يتعاقبان على ذات واحد، ولو كان يوجبان تغيير الجنس لما صح تعاقبهما على صورة واحدة كاسم البيضة واسم الفرخ لما كانا لجنسين[٣] مختلفين لم يثبتا[٤] إلا على صورتين ولم يتعاقبا على صورة واحدة، والله أعلم.

فهما اعتبرا المعنى وأبو حنيفة اعتبر الصورة فآل الأمر إلى أن الذات الواحد يلحق بجنسين إذا اختلف صورة ومعنى، والذاتان يلحقان بجنس واحد إذا اتفقا صورة ومعنى، فلا ينسب غيران إلى واحد إلا باتحاد الصورة والمعنى ولا الواحد إلى غيرين إلا باختلاف الصورة والمعنى، وكلامنا في ذات واحد لأن الوصفين اللذين اختلفنا فيهما يتعاقبان على ذات واحد على ما بينا، فلا ينسب الواحد إلى غيرين مختلفين إلا باختلاف الصورة والمعنى، ولم يوجد اختلاف[٥] الصورة، وبالله التوفيق.

[٦٣٨] مسألةٌ: إذا تزوج الرجل امرأة على ألف أو ألفين كان لها مهر المثل لا ينقص عن ألف ولا يزاد على ألفين عند أبي حنيفة ﷺ.

---

[١] «ص» (لشخص).
[٢] «ن»، «ص»، «أ» (الخمرية).
[٣] «أ» (بجنسين).
[٤] «س»، «أ» (ينشأ)، والمثبت من «ن»، «ص».
[٥] «ص» (إلا خلاف).

وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: لها ألف لأن "أو" كلمة تشكيك وقد دخلت على الزيادة على ألف فلم تثبت وبقي شرطاً فاسداً، والنكاح لا يبطل به بخلاف البيع والإجارة فإنهما يبطلان بالشرط الفاسد الذي فيه منفعة لأحد المتعاقدين؛ فإن قبض المعقود عليه على ذلك وجب الملك بالقيمة في الشراء ويرد في الإجارة بأجر المثل لا ينقص عن الأقل ولا يزاد على الأكثر لأنه لإفساد فيما وراءهما، لأن الفساد بسبب الشك ولا شك إلا بين الأقل والأكثر.

وقد قال أبو حنيفة رحمه الله: إذا طلقها قبل الدخول بها كان لها نصف الألف[١] ولم يحكم بالمتعة، والمتعة في تلك الحالة بمنزلة مهر المثل في هذه الحالة، وهذه المسألة كمن[٢] طلق امرأته أو أعتق عبده على ألف أو ألفين؛ فإن التسمية صحيحة في الأقل.

ولهذا قلنا فيمن استأجر صباغاً ليصبُغ له هذا الثوب بدرهم أو درهمين فصبغ: إن له قيمة ما زاد الصبغ فيه لا ينقص عن[٣] الأقل ولا يزاد على الأكثر؛ لأن الإجارة فاسدة فيجب للعامل أجرُ مِثل عمله، وأجرُ مثل عمله[٤] يتعرف بقيمة عمله وهي ما ازداد الثوب به فيضمن له ذلك أجرة لعمله لا قيمة للصبغ، والعقد ورد[٥] على العمل والصبغ صفة لعمله كالحبر للوراق والخيط للخياط ونحوه.

ولو كان يجب فيه قيمة الصبغ للفساد[٦] لوجب بالغاً ما بلغ كما إذا اشترى

[١] «أ»، «ن»، «ص» (الأقل).

[٢] «ص» (لو).

[٣] «ص» (ثمن).

[٤] «س» (وأجر مثله)، والمثبت من «أ»، «ن»، «ص».

[٥] «ص» (قول).

[٦] «أ»، «ص» (عند الفساد).

صبغاً بدرهم أو درهمين وقبض وكذلك يجب أجر المثل إذا استأجر قصاراً أو خياطاً على درهم أو درهمين ولا قيمة للمنفعة في الأصل.

ولأبي حنيفة: أن ملك النكاح[١] له بدل معلوم شرعاً لا ينفك عنه وهو مهر المثل لا براءة عنه إلا بالتسمية، فإذا وقع الشك في التسمية لم يثبت البراءة عن الواجب الأصلي، وقد وقع الشك لأن الألف التي لا شك فيها ثابتة بغير شك في حق أنها مهر؛ لأن الألف إن كانت هي المرادة فهي ثابتة، وإن كانت ألفان هي المرادة فالألف ثابتة فيهما فكانت ثابتة بلا شك في ثبوتها مهراً لا ثبوتها مهراً كلاً، فالكل ألفان بحال، وألف بحال لدخول "أو" بينهما في حق الكلية، والبراءة عن الواجب الأصلي إنما تثبت بكونها مهراً كلاً[٢].

كما إذا تزوجها على ألف وكرامتها؛ فإن لها مهر المثل لا ينقص عن الألف لفساد التسمية في حق الكرامة فلم يبرأ عن الزيادة على الألف بالألف؛ لأنها ليست كل المهر فصار مهر المثل في باب النكاح الصحيح بمنزلة أجر المثل في الإجارة الفاسدة.

بخلاف الطلاق على ألف أو ألفين أو العتاق؛ لأن ما يثبت للمرأة بالطلاق أو للعبد بالعتاق لا يقتضي بدلاً شرعاً ليعتبر المسمى مبرئاً[٣] عنه.

وإنما وجب اعتبار المسمى في ثبوته بدلاً ابتداء، فلم يثبت قدر ما في ثبوته شك على ما قالاه.

---

[١] «أ» زيادة: (كان).

[٢] «ص» (ولا).

[٣] «ص» (ضربا).

❊ فإن قيل: إن الخلاف في النّكاح الصحيح ما موجَبه، وموجبه المسمىٰ لأنه لم يشرع إلا بمال يسمىٰ وإن كان يصح بدونه، وإذا كان موجبه الأصلي ما سمي وجب المصير إليه ما أمكن، وقد جاء ههنا بتسميتين إحداهما لا شك فيها، والأخرىٰ: فيها شك، فيثبت التي لا شك فيها، فلم يجب مهر المثل بخلاف الإجارة الفاسدة فإن موجبها أجر المثل لا المسمىٰ فلا ندع الموجب الأصلي بالشك.

والجواب عنه: أن النّكاح لما صح بمهر المثل صار هو الواجب الأصلي؛ لأن النّكاح صحيح قبل التسمية فكانت التسمية زيادة لا محالة فحل محل أجر المثل في الإجارة الفاسدة فلا يجب العدول عنه بالشك.

ويدل عليه: أن المرأة في يد نفسها لا يلزمها التسليم إلىٰ الرجل بنفس العقد حتىٰ يسلم إليها كل المهر فإذا لم يثبت الألف كلا إلا بشك لم يلزمها التسليم بالشك فيعتبر قولها دفعاً عن نفسها بالشك كما يعتبر قول الزوج[١] في زيادة الألف دفعاً عن نفسه بالشك بخلاف الطلاق علىٰ ألف أو ألفين؛ لأنه لا تسليم علىٰ الرجل في ذلك الجانب.

وأما إذا طلقها قبل الدخول بها كانت المتعة حكماً علىٰ أصل أبي حنيفة، وذكر المسألة في الجامع ووضعها[٢] في عشرة أو عشرين درهماً ثم طلقها قبل الدخول بها كان لها المتعة لا تزاد علىٰ عشرة ولا تنقص[٣] عن خمسة، إلا أنه في مسألتنا هذه لم يحكِّمها؛ لأن المتعة لا تزداد علىٰ نصف الأقل ههنا وهو خمسمئة، وإنما يعتبر المتعة فيما بين الأقل والأكثر قبل الطلاق، والله أعلم.

---

[١] «أ»، «ن» زيادة: (بألف).

[٢] «ن»، وحاشية «أ» (ووصفها).

[٣] «ص» (يزاد).

|٦٣٩| **مسألةٌ**: وأما إذا اختلف الزوجان في ألف وألفين فكذلك الجواب عند أبي حنيفة رحمه الله، وبه قال محمد رحمه الله.

وقال أبو يوسف رحمه الله: القول قول الزوج إلا أن يأتي بشيء مستنكر جداً؛ لأن الزوج هو الذي يختص بلزوم المهر فكان هو المنكر حقيقة وحكماً لزيادة المهر، فيكون القول قوله مع يمينه لقوله ﷺ: «**واليمين على من أنكر**»(١)، وبالقياس على سائر المنكرين بخلاف المتبايعينِ إذا اختلفا[٢] في الثمن[٣] لأنا إنما اعتبرنا قول البائع بالنص معدولاً به عن القياس، فلا يقاس عليه ولا يلزم القياسَ؛ ولأنّ النّكاح مما لا يحتمل الفسخ قصداً على ما عرف، فيصير بمنزلة اختلافهما في الثمن بعدما هلك المبيع واختلافِ العاقدينِ في بدل الخلع والعتق على مال.

وبخلاف الصباغ ورب الثوب إذا اختلفا في مقدار الأجرة فإنهما يتحالفان ولا يكون القول قول رب الثوب، لأن الإجارة بيع المنفعة، فيكون التحالف واجباً بالنص بخلاف القياس ما دام المعقود عليه قائماً، والمعقود عليه ملك البضع[٤]، وإنه قائم حتى لو كان قصارة لم يتحالفا وكان القول قول رب الثوب إلا أن يأتي بشيء مستنكر جداً؛ لأن الظاهر يكذبه كالوصي يُصدَّق في دعوى النفقة على اليتيم إلا أن يأتي بشيء كثير يكذبه الظاهر.

---

(١) رواه البيهقي في السنن الكبرى (١٠/٤٢٧) برقم (٢١٢٠١)، من حديث ابن عباس بلفظ: «لو يعطى الناس بدعواهم لا دعى رجال أموال قوم ودماءهم ولكن البينة على المدعي واليمين على من أنكر» وإسناده صحيح وبعضه في الصحيحين.

[٢] «س» (اختلف)، والمثبت من «أ»، «ن»، «ص».

[٣] «أ» (اليمين).

[٤] «س»، «ص» (الصبغ) والمثبت من «أ».

ولهما أن الزوج منكر لزيادة المهر ، والمرأة منكرة لوجوب التسليم عليها بتسليم الألف إليها لأنها في يد نفسها ، ولا يجب عليها التسليم إلا بقبض المهر كله فيكون القول قولها فيما أنكرت وكانا كالمتبايعين إذا اختلفا في قدر الثمن والسلعةُ غير مقبوضة فإنهما يتحالفان قياساً لأن المشتري ينكر زيادة الثمن والبائع ينكر وجوب التسليم عليه ، وإنما سمي استحساناً لأنه قياس خفي لا أنه معدول به عن القياس ، وإنما ثبت التحالف بخلاف القياس بعد التسليم. ولهذا مال محمد إلىٰ قول أبي حنيفة في هذه المسألة ؛ فإن الدعوتين متعارضتان ههنا.

وكذلك الإنكاران ، وفي تلك المسألة ليس البناء علىٰ الدعوىٰ ولكن علىٰ تسمية اتفقا عليهما لألف أو ألفان ، فالمعارضة ثمَّ بين الألف والألفين ولا مدافعة في حق ثبوت الألف ، لأنها ثابتة بالتسميتين جميعاً فكانت هي أولىٰ[1] من التي ثبتت من وجه دون وجه. وإذا اعتبر الإنكاران تحالفا ولم يثبت واحد منهما فيجب مهر المثل فيما وقع الاختلاف فيه ولم يثبت بخلاف الطلاق بمال لأنه لا تسليم علىٰ الرجل فكان مدعياً من كل وجه والمرأة منكرة فيكون القول قولها.

ولا يلزم القصّار(٢) وربّ الثّوب إذا اختلفا في قدر الأجر بعد القصارة فإن القول قول رب الثوب وإن كان القصار لا يلزمه تسليم الثوب إلىٰ ربه إلا بعد قبض جميع الأجرة وهو ينكر أنه جميعها ؛ لأن القصار ماله حق الحبس في الأصل وإنما يستحق في مقابلة الأجرة ، فإذا لم يثبت الزيادة أجراً بدعواه لم يثبت له حق الحبس بها فهو بدعوىٰ الزيادة يدعي زيادة أجر واستحقاق الحبس به ، فلا يثبت إلا ببينة.

---

[١] «ص» (أقل).

(٢) قصَر الثياب: جمعها فغسلها ودقّها بالمِقصرة ، وحرفته القِصَارة. انظر: «المغرب» (ص٣٨٥).

ويدل عليه: ما قلناه أن لملك النكاح في الشرع موجباً معلوماً وهو مهر المثل لا براءة عنه إلا بتسمية صحيحة، فإذا اختلف العاقدان في القدر ونزلا منزلة واحدة في الدعوىٰ والإنكار من الوجه الذي ذكرنا، ومن حيث إن الزوج، وإن أنكر الألف الزائدة فقد ادعىٰ البراءة بالألف عن مهر المثل، والمرأة إن ادعت ألفاً زائدة فقد أنكرت سقوط حقها في مهر المثل بما ادعت، ولما نزلا منزلة واحدة لم يترجح قول أحدهما علىٰ الآخر، بل كان علىٰ كل واحد منهما بينة علىٰ ما ادعىٰ ويمين بما[١] أنكر، والله أعلم.

|٦٤٠| مسألةٌ: إذا تزوج الذمي امرأة ذمية علىٰ خمر أو خنزير ثم أسلما أو أسلم أحدهما قبل القبض فإن كان عيناً فلها المسمىٰ، وإن لم يكن عيناً فلها قيمة الخمر[٢].

وأما الخنزير فاستقبح أبو حنيفة رحمه الله إيجاب القيمة، وأوجب مهر المثل، فهذا قول أبي حنيفة رحمه الله.

وقال أبو يوسف رحمه الله في قوله الآخر: لها مهر المثل في الأحوال كلها، وقال محمد رحمه الله: لها القيمة لأنه لا سبيل إلىٰ قبض الخمر بعد الإسلام بحكم العقد كما إذا لم يكن عيناً؛ لأن القبض يوجب تتميم الملك وتأكيده. ألا ترىٰ بعد القبض لا يبطل الملك بالطلاق قبل الدخول في النصف إلا بالرد، وقبل القبض يبطل بنفس الطلاق. فزيادة الملك الذي لم يبطل بالطلاق ما ثبت إلا بالقبض، وحكم المهر يسري إلىٰ أن الزوائد المتولدة من الأصل قبل القبض حتىٰ يتنصف

[١] «أ» (علىٰ من).
[٢] «أ»، «ن»، «ص» زيادة: (في الخمر).

بالطلاق مع الأصل، وبعد القبض لا يسري؛ ولأنّ العقد يوجب الملك للمرأة واليد جميعاً؛ إذ الملك إنما يقصد للانتفاع به يداً، ولهذا لم يوجب أبو حنيفة ﷺ في المهر قبل القبض زكاة؛ لأنه جعل الملك مع اليد شرطاً.

وأوجبناها نحن لأن النقصان وعدم اليد[١] غير مانع من الزكاة كما تجب في المشتري قبل القبض، والإسلام كما يمنع تملك أصل الخمر فإنه يمنع تأكيده وتتمته.

ألا ترىٰ أن الذمي إذا اشترىٰ خمراً [من ذمي ثم أسلما أو أسلم أحدهما بطل الشراء لفوات القبض وجعل بمنزلة شراء مبتدأ سواء كان الخمر عيناً أو ديناً ثمناً أو سلماً.

ولأنّ العقد أوجب لها المهر مضموناً لأنه عقد معاوضة وإنما يدخل في الضمان بالقبض وذلك حكم العقد فثبت أن التمام بالقبض][٢].

ثم قال محمد ﷺ بعد هذا: أنه إنما فات القبض لهلاك مالية الخمر بالإسلام حكماً، فيعتبر بما لو هلك حقيقة، ولو هلك المهر العين[٣] حقيقة وجب تسليم مثله فكذلك ههنا.

وقال أبو يوسف ﷺ: إنما فات[٤] القبض لأن له مشابهة بالعقد لما ذكرنا أن تمامه به، ألا ترىٰ أن من اشترىٰ نخيلاً بِكُرِّ(٥) تمر فلم يقبض حتىٰ أثمر النخل

---

[١] «أ» (الميل).

[٢] ما بين [ ] بياض في «س»، والمثبت من «أ»، «ن»، «ص».

[٣] «ص» (للعقد).

[٤] «ص» (فاته).

(٥) الكُرُّ: الكر كيل معروف والجمع أكرار، وهو ستّون قفيزا والقفيز ثمانية مكاكيك والمكوك=

كُرّاً كره للمشتري أكل الكُرِّ[١] كما لو كان اشترىٰ ابتداء كراً من تمر ونخلاً بُكرّ؛ فإنه يكون ربا.

وكذلك الثمن ينقسم علىٰ الولد الحادث بعد العقد قبل القبض بالقبض كما لو وجد عند القبض[٢]، ولما كان له مشابهة[٣] بالعقد عجزتْ عن القبض كما عجزت عن التملك بالإمهار ابتداء فهذا فوت[٤] لمكان فساد القبض قبل أن يجيء إلىٰ هلاك[٥] العين حكماً كما لو تزوجت علىٰ الخمر في الحال فيجب لها مهر المثل، وأي فرق بين الخمر والخنزير.

ولأبي حنيفة ﷺ أن الملك تام في الخمر[٦] العين قبل القبض؛ لأن الملك ضربان: ملك عين وملك تصرف، وقد ثبتا جميعاً للمرأة كما يكون بعد القبض إلا أن الزكاة لا تجب عند أبي حنيفة لانعدام معنىٰ النماء قبل القبض كما لا تجب في مال البِذلة مع تمام الملك علىٰ ما بيناه في موضعه، أو لا تجب لانعدام اليد كما لا تجب في العبد الآبق والمال الضِّمار[٧](٨).

فأما سائر المسائل التي ذكرها فتدل علىٰ ضعف الثبوت وتعلق الزكاة[٩]

= صاع ونصف. انظر: «المصباح المنير» (٢/٥٣٠).

[١] «ص» (التمر).

[٢] «أ»، «ن»، «ص» (العقد).

[٣] «ص» (ولو كان له مثة).

[٤] «ص» (قول).

[٥] «س»، «أ» (هلال)، والمثبت من «ن»، «ص».

[٦] «ص» (المهر).

[٧] «أ» (االضال).

(٨) المال الضِّمار: هو المال الذي يتعذر الوصول إليه مع قيام الملك، من قولك: بعير ضامر إذا كان نحيفا مع قيام الحياة فيه. انظر: المبسوط (٢/١٧١)

[٩] «س»، «أ»، «ن» (الوكادة)، والمثبت من «ص».

بالقبض ؛ فإنه متى تأكد ثبوته لم يرتفع بما يرتفع به الضعف[١] ، فأما إذا انتقض وهو[٢] متأكد فلا يرتفع إلا بما يرتفع به المتأكد الكامل في نفسه ، ثم الإسلام يمنع تملك الخمر فيمنع أصله وزيادته.

وفي باب الشراء إنما يملك التصرف بالقبض ، فكذلك[٣] منعه الإسلام فأما أن يمنع تأكيد ما هو ثابت ويجعل ذلك بمنزلة ملك مبتدإ فهذا غير مسلم لك ، ولا تجد له نظيرا بل النظير عليهما فإنه إذا اشترى خمراً وقبض وبها عيب فالملك غير متأكد ، وبالإسلام يتأكد ويسقط الخيار.

وكذلك[٤] إذا اشترى الخمر بعين وقبض الخمر ، فالملك غير متأكد يبطل بهلاك العين عنده ويملك تسليم العين وتأكيده إلا أن تجعله فرعاً لمسائلك حيث كرهت بيع العصير ممن يتخذه خمراً كما كرهت بيع الخمر احتياطاً لأمر الخمر ، وكذلك أفسدت إجارة من ينقل الخمر كما أفسدت بيعها احتياطاً لوجوب الاجتناب عن الخمر.

وأبو حنيفة رحمه الله في هذه المسائل مر على أصل القياس فجوز الإجارة كما يجوز إجارة من ينقل الميتة ويجوز بيع الشاة من مجوسي عُرف أنه يميتها ثم يأكلها ، أو من مسلم عُرف أنه يذبحها لوجه عظيم في الدنيا ، وإذا لم يصر التأكيد محرماً صار هذا القبض ، وقبض الخمر عن الغاصب سواء.

وأما قولك: يزيد الملك حتى يبقى بعد الطلاق فلا كذلك ؛ لأن القبض

---

[١] «ص» (الضعيف).

[٢] «ص» (فهو).

[٣] «أ» ، «ن» (فلذلك).

[٤] «أ» (ولذلك).

الذي فيه الخلاف قبض بعقد صحيح وأنه لا يزيد له ملكاً لم يكن، وإذا طلق بقي نصف الملك على الصحة غير زائد بالقبض؛ فأما النصف الآخر فسبب الملك يفسد فيه[١] عندي بدليل بينّاه في موضعه في مسائل المتعة، وإذا فسد السبب صار غير الصحيح[٢] فصار غير موجب للملك إلا بالقبض، فيصير القبض إيجاب ملك في الفاسد منه، والخلاف في الصحيح.

❊ **فإن قيل**: أليس[٣] إذا فسد يملكه بالقبض، وقد وجد في الإسلام فيمتنع؟

❁ **قلنا**: حين القبض يقبض بحق[٤] الصحيح ولا تمليك فيه، والملك بحكم الفساد بالطلاق يثبت له شرعاً لا بقصدها، ونفس[٥] الملك يجوز أن يثبت مع الإسلام كالعبد المأذون النصراني يشتري فيملكه المولى حكماً فجاز الزيادة حكماً كذلك.

فأما قولك إنه ينقل ضمان العقد فالجواب عنه وعن التأكيد بمنزلة، ويدلك عليه أن المسلم إذا اغتصب خمر الذمي كان مضموناً عليه، ويملك الرد[٦] على الذمي، وفيه إبراء عن الضمان، فثبت أنه لا يجري مجرى التمليك، فكذلك نقل الضمان لا يجري مجرى التمليك، وكذلك على هذا توكيل المسلم[٧] الذمي

---

[١] «ص» (به).
[٢] «ص» (الصحة).
[٣] «ص» (الشيء).
[٤] «ص» (الصحة).
[٥] «ص» (وبين).
[٦] «ص» (الرق).
[٧] «ص» زيادة: (على).

بشراء الخمر له أو بيع خمره فإنه باطل عندهما وإن كان مذهبنا أن الوكيل بمنزلة المالك في العقد وحقوقه، وإنما النيابة في حق الملك إلا أنهما ألحقاه بالرسول احتياطاً لباب الخمر.

وأبو حنيفة مر على أصل القياس لأنا لم نجد في الشرع هذا الاحتياط بعدما تقرر أمر حرمتها.

ألا ترى أنا في الابتداء نهينا عن الشرب في ظروفها وأمرنا بكسر الدنان احتياطاً ثم انتُسخ[١]؛ بخلاف الخمر إذا لم تكن عيناً؛ لأن القبض يوجب الملك في العين والإسلام يمنعه كما يمنع الإمهار بالخمر ابتداء، وكما في الشراء يمنع أصل الشراء والقبض لمكان نوع ملك، ولكن مع هذا يوجب تسليم مثله لأنه عَجْزٌ وقع بعد صحة التسمية وأمكن إيجاب قيمتها فلا يصار إلى مهر المثل لأنه إنما يجب إذا لم نجد مسمى يمكن البناء عليه ولم يجز اعتباره بالتسمية الفاسدة لأن الاستحقاق للأصل أو بدله بحكم التسمية، فإذا فسدت بأصلها لم يثبت الاستحقاق.

وفي مسألتنا هذه التسمية كانت صحيحة، والقبض يجب بناءً عليها لا[٢] أن يثبت الاستحقاق بالقبض فلا يعتبر فساد القبض؛ لأنه سبب ملك بفساد التسمية في ثبوت المستَحَقِّ أو بدله؛ لأنه[٣] يشابهه في إيجاب ضرب ملك ولا يشابهه في إيجاب الاستحقاق، وقد يجب القيمة عن الخمر إذا وقع العجز عن المثل صورة بالإسلام، كالمسلم يستهلك خمر ذمي يضمن القيمة لا المثل.

[١] «ن» (انفسخ).
[٢] «ص» (إلا).
[٣] «ص» (لا).

وأما الخنزير غير عين فكذلك الجواب قياساً إلا أنه استَقبح إيجاب القيمة لأن القيمة كانت واجبة حال القدرة على تسليم الخنزير قبل الإسلام، ولما وجبت أصلاً كالخنزير حتى كان الزوج بالخيار في ذلك لم يجب بدلاً عنه عند فواته لأن ما يجب حال فوات الأصل غير الذي يجب مع الأصل، ويكون بدلاً عنه حالة كالتراب من الماء في باب الطهارة ولا يستقيم أن يكون عينه ولا يمكن أن يوجب القيمة أصلاً كما في حال قيام الخنزير قبل الإسلام؛ لأنها وجبت أصلاً بتسمية الخنزير وضِمناً لثبوته حيث لم يمكن تعيينه إلا بقيمته[١] على ما مر فتسقط أيضاً بسقوط الخنزير؛ فإن ما ثبت ضمناً لغيره لا يبقى بدونه.

وأما الذمي إذا كاتب عبده الذمي على خنزير ثم أسلما أو أسلم أحدهما فقد روي عن أبي حنيفة ﷺ في النوادر أن المكاتب يلزمه قيمة نفسه، وفي الأصل يلزمه قيمة الخنزير(٢)؛ لأن قيمة نفس المكاتب لا تجب في الصحيح من الكتابة قط، والكتابة لا تفسد بالعجز عن تسليم المسمى؛ فإن الكتابة الحالة عندنا جائزة، والعبد عاجز لا محالة فأوجب بقاء الكتابة صحيحة نفيَ[٣] قيمة نفسه واجبة فيها.

والدليل الذي ذكرناه في المهر يوجب سقوط قيمة الخنزير إلى قيمة نفسه فتعارضا، فبقي ما كان ثابتاً على ما كان بحكم المعارضة. ونحن بما ذكرنا جعلنا الدليل في تلك المسألة مسقطاً لقيمة المسمى، وهو دليل كذلك في مسألتنا، ولكن امتنع العمل بها للمعارضة، وذلك لا يدل على فساد الحجة ووجوب العمل

---

[١] «ص» (بالقيمة).

(٢) انظر: «الأصل» (١٠/٤٢١).

[٣] «ص» (بقاء).

بها عند سقوط المعارضة. ألا ترىٰ أن أبا يوسف أوجب مهر المثل في النكاح ولم يوجب قيمة نفسه في الكتابة، والله أعلم.

[٦٤١] مسألةٌ: المهر العين[١] إذا هلك قبل القبض لزم الزوج تسليم مثله موجَباً بالعقد.

وقال مالك(٢) رحمه الله: يهلك غير مضمون لأنه عوض المرأة، والمرأة إذا هلكت قبل القبض هلكت غير مضمونة كما بعد القبض.

إلا أنا نقول: إن العقد يوجب علىٰ الزوج تسليم المهر إليها، والعقد باقٍ بعد هلاك المهر فيكون حكمه وهو تسليم المسمىٰ باقياً أيضاً.

وقد عجز بالهلاك فيسلِّم مثلَه كما لو كان غصباً عنده فهلك؛ فإن[٣] الموجب للرد هو الغصب، وقد بقي بعد الهلاك وقد عجز عن تسليم العين فيسلم مثله.

وهذا لأن أداء الحق مرة يكون بعينه ومرة بمثله بخلاف المرأة فإن العقد وإن كان لا ينتقض[٤] بموتها فما للملك الذي فيها مثل علىٰ ما مر؛ فيكون التسليم مقصوراً عليها[٥] بعينها كمن غصب خمر مسلم يلزمه تسليم عينها، ولو هلكت لا يلزمه شيء؛ ولأنّ التسليم بحكم العقد يجب في مدة العقد، والمدة[٦] تنتهي

[١] «ص» (المعين).
(٢) انظر: «المدونة» (٢/١٥٤)، «النوادر والزيادات» (٤/٤٩٧ ـ ٤٩٨).
[٣] «ص» (كان).
[٤] «أ» (ينتقص).
[٥] «ص» (منها).
[٦] «ص»، وحاشية «أ» (والعقد).

بموت المرأة فلا يبقى تسليم ولا ينتهي بهلاك المهر ؛ لأن العقد باق ببقاء المرأة ؛ ولأنّ الغرض[١] من المال[٢] قد يبقى بعد عينه بخلفه فلا يكون نهايته بموته ، والمقصود من المرأة نكاحاً قط لا يتصور بقاؤه إلا بها فكان موتها نهاية .

[٦٤٢] مسألةٌ: إذا تزوج امرأتين إحداهما ممن فسد نكاحها بوجه فالمهر للتي جاز نكاحها عند أبي حنيفة ﷺ.

وقالا[٣]: لها النصف إذا استوى مهراهما ؛ لأن الباء حرف مقابلة وقد دخلت على الألف المقابلة بالمرأتين وهما محلان يقابلهما المهر فيجب التوزيع عليهما كما إذا تزوجهما على ألف بينهما .

وقد قال أبو حنيفة ﷺ: إذا دخل بالتي فسد نكاحها كان لها مهر مثلها لا يزاد على نصف المسمى .

وهذا ترك منه لقوله ، فإن الألف لو كانت كلها للأخرى لوجب لهذه كمال مهر مثلها ، وهذا كمن تزوج أمتين[٤] ثم خالعهما على رقبة إحداهما فسد الخلع في التي جُعلت[٥] بدلاً وصح في الأخرى بنصف صاحبتها إذا استوى مهراهما .

وكذلك[٦] إذا اشترى جراب هروي على أن فيه خمسين ثوباً ، فإذا فيه تسعة

[١] «ن» (القرض) ، «ص» (العوض) .
[٢] «س» (الماء) ، والمثبت من «أ» ، «ن» ، «ص» .
[٣] «ص» (عندهما) .
[٤] «أ» (امرأتين) .
[٥] «ن» ، وحاشية «أ» (خلعت) .
[٦] «ص» (وذلك) .

وأربعون فسد البيع لأن بعض الثمن كان بإزاء المعدوم، فبقيت البقية مجهولة ولو صار الثمن كله بإزاء الموجود لصح كما لو سمي لكل ثوب عشرة.

وهذا بخلاف من طلق امرأته ثنتين ثم خالعها بألف على ثلاث تطليقات وجبت الألف بالثالثة وحدها لأن تسمية الثلاث تسمية لكل الطلاق حكماً ولغو فيه اعتبار العدد، والكل هو الثالثة في مسألتنا فكمل البدل ولا ينتقص إلا بأن يكون الواقع بعض ما يملكه الرجل.

وهذا كمن خالع امرأته وهي أمة بألف على ثلاث تطليقات بإذن المولى بانت بتطليقتين ووجب الألف لأن الثلاث عبارة عن الكل وكلها ثنتان، وهذا بخلاف ما إذا أوصى لرجلين بثلث ماله فإذا أحدهما ميت؛ فإن الثلث كله للحي لأن الثلث غير مقابل بالرجلين ليكون الباء لإثبات المقابلة على التوزع، بل الباء تجعل المال موصى به، ثم التوزع على الموصى لهما بحكم منازعتهما لدخولهما[١] تحت الوصية على السواء لا بالباء، فإذا لم يدخل الميت لأنه ليس من أهله سقطت منازعته فصفى[٢] للآخر الثلث الموصى به.

ولأنّ المهر في مسألتنا قوبل بالمرأتين وهما محلان لتلك المقابلة فبقي معتبراً فعمل به بقدر الممكن وهو تنصيف المهر في حق التي صح[٣] نكاحها، وههنا المال أضيف إلى الحي والميت، والميت ليس بأهل فسقط اعتباره لإيجاب الحق له من كل وجه ولم يدخل الميت تحته فلم يجب التنصيف بحكم الدخول تحته. وههنا مقابلة المهر بالبضع صحيح وهو محل له، وإنما لم يصح

---

[١] «ص» (لدخول).

[٢] «ص»، وحاشية «أ» (فقضى).

[٣] «ص» (جاز).

في حق الرجل فصح التنصيف بحكم الإمهار.

ولأبي حنيفة ﵀: أن التوزع[١] بحكم دخولهما تحت العقد لا بالباء؛ لأن عمل الباء[٢] في جعل المال مهراً واحد بدلي العقد.

ألا ترى أنها[٣] تدخل عليه إذا كان المسمى امرأتين كما تدخل إذا كان المسمى امرأة على نمط واحد، فإذا لم تدخل التي فسد نكاحها تحت العقد الصحيح لم يجب التنصيف بحكم الدخول كما في الوصية لرجلين فإذا أحدهما ميت بخلاف كلمة "بين" لأنها للتنصيف في نفسها، ألا ترى أنها تنصف الوصية بثلث ماله بين رجلين فإذا أحدهما ميت، ثم الدليل على أن التي فسد نكاحها غير داخلة[٤] تحت الإيجاب الصحيح ظاهر لأن نكاحها فاسد، وتنصفُ المسمى ثبوتاً من حكم العقد الصحيح لأن الفاسد لا يوجب المسمى بحال.

وقولهما: البضع محل للمهر فنعم، ولكن في حقه صحيحاً فلا، والمسمى لا يجب بالفاسد حتى إذا دخل بها وجب لها مهر المثل لا يزاد على نصف المسمى؛ لأن المسمى مما يثبت في الفاسد للمنع عن الزيادة فيما لا يضمن بمحض الإتلاف، كمن استأجر رجلاً إجارة فاسدة بمال سماه، واستوفى منافعه[٥] ضمن له أجر المثل لا يزاد على المسمى، فكذلك ههنا؛ لأن المنفعة لا تضمن بالإتلاف المحض وكذلك ما يستوفى بالوطء فإن العُقر لا يجب بالزنا المحض.

---

[١] «ص» (التنصيف).
[٢] «ن» (الباقي).
[٣] «ص» (أنهما).
[٤] «أ» (داخل).
[٥] «ن» (من معه).

وكلامنا في الدخول لاستحقاق المسمى لا للمنع من مهر المثل ، على أن النّكاح الفاسد ليس بنكاح حتى إذا حلف لا يتزوج فتزوج فاسداً لم يحنث ، ولو دخل بها مع علمه بأنه[١] حرام وجب الحد على قولهما ولم يثبت به شبهة ، وإذا تأول الصحة كان كمن زفت إليه غير امرأته فدخل بها .

قال أبو حنيفة ﷺ: هذه المسألة نظير ما إذا تزوجها وأتانا على ألف درهم ؛ فإن الأتان لا يعتبر لتوزيع المهر عليهما بل تصير شرطاً فاسداً دخل[٢] فيه فكذلك هذه بخلاف مسألة خلع المرأتين على رقبة إحداهما ؛ لأن الرقبة تصلح بدلاً في خلعهما[٣] .

ألا ترى أن الزوج لو كان عبداً صح الخلع فيهما برقبة إحداهما ، وإنما لا يصح إذا كان الزوج حراً ؛ لأنه لو صح الملك لَملك امرأته التي خلعت[٤] بدلاً وقارن[٥] الملك الطلاق والملك مفسد للنكاح مانع من الطلاق ، فمنع الطلاق بمعنى طارئ على ما بينا ؛ لا لأن[٦] المحل غير قابل ، ولما كان قابلاً دخل ووجب التوزيع ثم امتنع الحكم بالمانع ، وكان كمن اشترى عبدين بألف ؛ فإذا أحدهما مستحق أو مدبر أو مكاتب .

وأمّا مسألة الجراب(٧) فلا تلزم لأنا نجعل كأنه اشترى الموجود بجميع

---

[١] «ص» (بأنها) .
[٢] «ص» (فأدخل) .
[٣] «أ» (خلعها) .
[٤] «أ» ، «ص» (جعلت) .
[٥] «ص» (وفارق) .
[٦] «أ» ، «ن» (لأن) .
(٧) الجراب : وعاء من إهاب الشاء ، لا يُوعى فيه إلا يابس . انظر : «تهذيب اللغة» (٣٧/١١) .

الثمن بشرط تسليم المغدوم إليه بلا ثمن، فيكون شرطاً فاسداً كما قلنا في نكاح امرأة وأتان على ألف، إلا أن البيع يبطل بالشرط الفاسد والله أعلم.

وأمّا إذا سمّى لكل ثوب ثمناً فقد قيل: الصحيح أنه على الاختلاف وكلامهما أوضح، والله أعلم.

فَصْــلٌ
فيما يسقِط المهر أو بعضه

|٦٤٣| مسألةٌ: قال علماؤنا[١] رحمهم الله: الطلاق بعد الخلوة الصحيحة[٢] لا يسقط شيئاً من المهر، والعدة تجب.

وقال الشافعي(٣) رحمه الله: يُسقط النصف ولا يوجب العدة لقول الله تعالى: ﴿ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا﴾ [الأحزاب: ٤٩] وما في الخلوة مس على أن المراد به الجماع؛ فإن نفس المس[٤] لا يغير حكماً، وقال تعالى: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٣٧] نص على التنصف[٥] بعدم المس[٦]، فمن علق بعدم الخلوة[٧] فقد بدل الشرط المنصوص[٨]، ولهم طرود كثيرة أصلها ما قبل الخلوة أو الخلوة الفاسدة أو الأفعال التي توجد منهما مما ليس بجماع فإنها لا توجب هذا الحكم بلا فعل خلوة.

والفقه في المسألة: أن المملوك بالنكاح ما يستوفي بحقيقة الوطء ويُضمن

---

[١] «ص» (أصحابنا)

[٢] «ص» (السليمة)

(٣) انظر: «الأم للشافعي» (٥/٦٢)، «الحاوي الكبير» (٩/٥١٣).

[٤] «س»، «ص» (المهر)، والمثبت من «أ»، «ن».

[٥] «أ» (النصف).

[٦] «س» (المهر)، والمثبت من «أ»، «ن» «ص».

[٧] «ص» (الدخول).

[٨] زاد في «أ» (عليه).

به العقد[١] إذا لم يكن عن ملك وادعىٰ شبهة ، وذلك معنىٰ فيها داخل البضع لا يناله إلا الآلة التي تصل إليها حتىٰ لا يجب العقد[٢] إلا إذا استوفىٰ بتلك الآلة من ذلك الموضع الداخل ، والمهر مقابل بذلك العضو وبذلك الملك والتأكد والعدة باستيفاء ذلك ، فلا يتصور الاستيفاء من داخل بالخلوة فلا يثبت حكم الاستيفاء.

وكذلك حق المرأة في الجماع قبل الرجل لا يتأدىٰ بالخلوة الممكِّنة من آلة الرجل ، وهذا كقصاص لرجل علىٰ إنسان لا يصير مستوفىٰ بحال بالتمكن من الاستيفاء وتسليم النفس إليه حتىٰ يقتله[٣] ويأتي بالفعل الذي لو كان ابتداء ضمن به ضمان القتل؛ لأن المملوك معنىٰ الحياة وهي شيء فيها لا يتصور وجود التسليم إلىٰ المستحق ، وهو فيها حتىٰ يُستخرج منه بالفعل وكما لو باع شيئاً هو في كفه وقد قبض[٤] عليه لا يتصور[٥] مسلماً ما لم يخرجه عن الكف أو باع دابة وهو راكبها لا يتصور مسلماً بالتمكين ما لم ينزل؛ هذه هي الشبهة[٦].

ولا معنىٰ لقولكم: ليس في وسعها أكثر من ذلك لأن الوجوب[٧] مبني علىٰ الوضع في إيجابات الله لا فيما يستوجبه العبد علىٰ نفسه بمباشرة. ألا ترىٰ أنه يلزمه بنذره التصدق بأكثر من ماله وحجج[٨] فوق عمره.

---

[١] «أ» ، «ن» ، «ص» (العقر).

[٢] «أ» (العقر).

[٣] «ص» (يقبله).

[٤] «ن» (قيض).

[٥] «ص» (يقصد).

[٦] «ص» (ما لم يترك هذه الشبهة).

[٧] «أ» (الموجب).

[٨] «أ» ، «ص» (حج).

ولعلمائنا: قول الله تعالىٰ: ﴿وَإِنْ أَرَدتُّمُ ٱسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَءَاتَيْتُمْ إِحْدَىٰهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُواْ مِنْهُ شَيْـًٔا﴾ إلىٰ أن قال: ﴿وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُۥ وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ﴾ [النساء: ٢٠ ـ ٢١].

علل لوجوب الكل وحرمة الأخذ بالإفضاء[١] وأنه خلوة في اللغة؛ لأن الإفضاء فعل والاسم مقدم عليه فيجب تعرفه من الاسم، والاسم هو[٢] الفضاء وأنه المكان الخالي، وقال ﷺ: «إذا أفضىٰ أحدكم بيده إلىٰ فرجه فليتوضأ»(٣)، أي: مسه بلا واسطة، والعرب تقول أفضيت إليه بسري[٤] أي: ألقيت إليه سري لأنه يخلو به عند المسارة إلا أنه يستعار للجماع لأنه يكون بخلوة وقد دل عليه إضافة الله الإفضاء إلىٰ كل واحد منهما فقال ﴿بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ﴾ والجماع لا يضاف إلىٰ المرأة.

ألا ترىٰ أنه قال: ﴿تَمَسُّوهُنَّ﴾ وقال: ﴿أَوْ لَٰمَسْتُمُ ٱلنِّسَآءَ﴾ [النساء: ٤٣] لما أريد بها الجماع أضيفت إلىٰ الرجال لأنها متىٰ صارت كناية عن الجماع قامت مقامه، والجماع لا يضاف إلىٰ المرأة، وإنما يضاف الخلوة إلىٰ كل واحد منهما.

❁ **فإن قيل**[٥]: حرف الصلة يدل علىٰ الجماع فإنه قال: وقد أفضىٰ بعضكم إلىٰ بعض، ويقال: خلا فلان بفلان ولا يقال إليه؛ ولأنّ كلمة "إلىٰ" تقتضي

---

[١] «ص» (بما لا قضاء).

[٢] «ص» (من).

(٣) رواه أحمد في مسنده برقم (٨٠٤٠)، والطبراني في المعجم الأوسط (١٨٥٠)، والدارقطني (٥٣٢)، وابن حبان برقم (٩٩٤)، والحاكم برقم (٤٨٥) وصححه ابن عبد البر كما في التمهيد (١٧/١٩٥).

[٤] «س»، «أ»، «ن» (بشقوري)، والمثبت من «ص».

[٥] «ص» (كان قبل).

وصلاً لأنها كلمة امتداد[١] وغاية، وكقوله ﷺ: «إذا أفضىٰ أحدكم بيده إلىٰ فرجه فليتوضأ»(٢)، والوصول إليها بالجماع لا بالخلوة.

❁ قلنا: إن حروف الصلات[٣] تختلف باختلاف اللغات وإن كانت عبارة عن معنىً واحد؛ يقال ظلمه وجار عليه وهما بمعنىً واحد، وأمّا "إلىٰ" فيتحقق بالخلوة يقال: وصل برك إلي إذا بلغه وإن لم يقع[٤] في يده، ووصل رسولك إلي، والعرب تقول: أفضيت إليه بستوري[٥] ولا مماسة عند المسارة، وأيام الوصال عبارة عن أيام القرب[٦] والمجالسة والمحادثة لا عن أيام الجماع فثبت أن كلمة "إلىٰ" مستعملة حيث لا اتصال ذاتاً ولا مماسة علىٰ أن الوصل[٧] حقيقته في جعل الشيئين شيئاً واحداً لا في المجاورة والمماسة. يقال: وصلت الخيط بالخيط إذا جعلتهما واحداً لا إذا جمعت بينهما في وعاء أو في يدك فيكون حمله علىٰ الجماع والمس مجازاً، وما نقوله من الخلوة أيضاً من المجاز فصار مجازه عاماً يتناول[٨] المس وما دونه علىٰ ما ذكرنا من الاستعمال، فليس لهم أن يخصوه ويحملوه علىٰ الجماع وحده إلا بدليل.

❁ فإن قيل: روي عن ابن عباس ﷺ أنه حمل الآية علىٰ الجماع(٩).

---

[١] «س» (إمداد)، والمثبت من «أ»، «ن».

(٢) سبق قريبا.

[٣] «ص» (الصلاة).

[٤] «ص» (تضع يدك).

[٥] «س»، «أ»، «ن» (بشقوري)، والمثبت من «ص».

[٦] «س»، «أ» (العرب)، والمثبت من «ن»، «ص» (القرب).

[٧] «ص» (الوصول).

[٨] «ص»، وحاشية «أ» (مما يتناوله).

(٩) رواه عبد الرزاق في مصنفه (٩/٢) برقم (٦٨٢)، والطبري في تفسيره (٣٨٩/٨).

۞ قلنا: ظاهر النص لا يترك بتأويل الصحابي فإنه محجوج به، وهو وغيره في معرفة اللغة سواء.

۞ فإن قيل: يجب الحمل على الجماع بدليل آيتنا[١] حتى لا يحتاج إلى[٢] الزيادة عليها على ما بينا.

۞ قلنا: لا، بل نستدل باختلاف هذه الآيات على أنها معلولة[٣] بما يجمعها وهو التسليم، فقوله[٤]: ﴿تَمَسُّوهُنَّ﴾ وإن سلمنا أنه أريد به الجماع فإنا نقول: إنما ثبت بالجماع هذه الأحكام لأن فيه تسليماً للمعقود عليه، والخلوة أيضاً تسليم على ما نذكر[٥] فلا يكون حينئذ تركاً للنص ولا زيادة عليه على ما نشرحه في فصل المعنى.

وروى الكرخي في مختصره وأبو بكر الجصاص أيضاً بإسناده‍ما عن النبي ﷺ: «من كشف خمار امرأته ثم طلقها وجب عليه المهر كاملاً»(٦).

وحكى أبو جعفر الطحاوي في هذه المسألة إجماع الصحابة(٧)، وروايته حجة.

وقد روي عن زرارة بن أبي أوفى: «قضى الخلفاء الراشدون المهديون أن

---

[١] «ن» (أتينا به).

[٢] «ن»، وحاشية «أ» (على).

[٣] «ص» (معلومة).

[٤] «أ»، «ص» (بقوله).

[٥] «ص» (ذكره).

(٦) رواه الجصاص في أحكام القرآن بسنده (١٤٨/٢)، والدراقطني في سننه (٣٨٩/٨) برقم (٣٨٢٤)، والبيهقي (٤١٨/٧) برقم (١٤٤٨٧) وقال: «وهذا منقطع وبعض رواته غير محتج به».

(٧) انظر: «بدائع الصنائع» (٢٩٢/٢).

من أغلق على امرأته باباً أو أرخى عليها ستراً ثم طلقها وجب لها الصداق كاملاً»[١].

وعن عمر رضي الله عنه أنه فرق بين العنين وبين امرأته وأوجب لها كمال المهر، وقال: «ما ذنبهن إن جاء العجز من قبلكم»[٢].

وعن عمر وعلي ومعاذ بن جبل وزيد بن ثابت وعبد الله بن عمر رضي الله عنهم أنهم علقوا كمال المهر بإغلاق الباب وإرخاء الستر[٣].

وفي حديث عمر وعلي زيادة: «دخل بها أو لم يدخل بها»[٤] وهو مذهب أبي الدرداء والمغيرة بن شعبة وأبي موسى الأشعري.

❁ **فإن قيل**: روي عن ابن عباس رضي الله عنه أنه كان يرد عليهم ويقول: «ما وجدت الله ذكر في كتابه إرخاء الستر وإغلاق الباب»[٥].

❁ **قلنا**: هذا عن ابن عباس رد لحد الخلوة بإرخاء الستر وإغلاق الباب ونحن أيضاً لا نحد بها[٦] ولا نراهم أرادوا منها حقيقتها ولكنهم كنوا بها عن

---

(١) رواه ابن أبي شيبة في سننه (٣/٥٢٠) برقم (١٦٦٩٥)، والبيهقي (١٤/٥٥٢) برقم (١٤٦٠٠)، وقال: «هذا مرسل، فإن زرارة لم يدركهم، وقد رويناه عن عليٍّ وعمر موصولاً».

(٢) رواه البيهقي (٧/٤١٧) برقم (١٤٤٨٦)، وعبد الرزاق في مصنفه سننه (٦/٢٨٨) برقم (٨/٣٨٩).

(٣) رواه عبد الرزاق (٦/٢٨٥)، والطحاوي في شرح مشكل الآثار (٢/١١٠).

(٤) رواه الدراقطني (٤/٤٧٣)، والبيهقي (٧/٤١٨) برقم (١٤٤٨٧) عن محمد بن عبد الرحمن بن ثوبان عن النبي ﷺ مرسلا: «من كشف خمار امرأة ونظر إليها فقد وجب الصداق دخل بها أو لم يدخل».

(٥) روى ابن حزم في المحلى (٩/٧٧) من طريق أبي عبيد، حدثنا معاذ هو معاذ العنبري عن عبد الله بن عون عن محمد بن سيرين أنه كان لا يرى إغلاق الباب، ولا إرخاء الستر شيئا.

[٦] «ص» (لا نجد خلافا أيضا).

الخلوة للجماع بإرخاء الستر وإغلاق الباب.

❁ **فإن قيل**: روي عن ابن مسعود ﷺ أنه قال: لها نصف المهر وإن جلس بين شعبها الأربع.

❁ **قلنا**: روي عن ابن مسعود: «لها نصف المهر حتىٰ يجلس بين شعبها الأربع»[1]، فيكون خلافاً في تحديد الخلوة أنها بالتمكن بالجلوس عليها وعلىٰ أن حديث ابن مسعود رواه الشعبي مرسلاً، وهذا لا يكون حجة عندك، وإنها رواية غريبة فلا تعارَضُ بالمشاهير، كيف وقد حكىٰ أبو جعفر الطحاوي إجماع الصحابة، وأنه لا يثبت بدون قول ابن مسعود ﷺ.

والفقه في المسألة: أن المهر إنما يتأكد بالجماع لأن فيه تسليماً لما استحق عليها بالعقد إلىٰ الزوج فالأعواض في المعاوضات تتأكد بالتسليم، وبه تتم التبرعات أيضاً، والتسليم حصل بالخلوة بلا مانع.

ولا شبهة في قولنا أن المهر يتأكد بتسليم مبدله إلىٰ الرجل، ولكنها في آن الخلوة تسليم أم لا؟

فالدليل عليه: ما ذكرنا أن المستحق من المرأة بالنّكاح وصف منها لا منفعة ولا جزء منها، والأوصاف بانفرادها لا تقبل التمليك ولا التسليم كجمال العبد والبصر والسمع ونحوها، فكذا من كل شيء لأنه لا يقوم بنفسه وإنما يقوم بالموصوف، ولما لم يقبل في نفسه التمليك، والشرع لم يبح الوطء إلا بملك

---

(١) رواه ابن أبي شيبة في مصنفه (٣/٥٢٠) برقم (١٦٧٠٤)، والبيهقي (١٤/٥٥٠) برقم (١٤٥٩٤) عن ابن مسعود بلفظ: «لها نصف الصداق، وإن جلس بين رجليها».

أقيم عينها[١] في ورود العقد عليها الذي هو السبب لقيام صفة الحل مقام الصفة لكي يجوز العقد؛ فإنه لا بد أن يكون ما يرد عليه العقد بنفسه قائماً ليرد عليه العقد بانفراده، فلما تعذر أقيم ظرفه مقامه كما قالوا في الإجارة إنها بيع المنفعة.

ومن شرط نفوذ البيع أن يكون المعقود عليه عيناً[٢] مملوكاً للبائع وقد فقد في المنافع لأنها لا تبقىٰ زمانين فلا يمكن بناء العقد علىٰ الموجود المملوك لتلاشيه قبل إيراد العقد عليه، فأقام الشرع العين المنتفع به مقام وجود المنفعة، وكذلك إذا صار إمساك العين بحيث لو حدثت المنفعة حدثت علىٰ ملكه قام مقام الملك وبنىٰ الجواز علىٰ ذلك لولاه لما جاز.

وكذلك في كل الأحكام إذا تعذر تعلقها بأعيان عللها الأصلية لتعذر تحقيقها فأسباب وجودها تقام مقامها.

ألا ترىٰ أنه إذا قال لامرأته إن كنت تحبينني فأنت طالق لم تطلق، وإن أحبت[٣] حتىٰ تخبر وطلقت وإن[٤] أخبرت كاذبة؛ لأن المحبة لا يوقف عليها، فأقيم سبب الوقوف عليها وهو الخبر عنها مقامها، وكذلك أحكام الإسلام في الدنيا مبنية علىٰ شهادة اللسان، وكذلك أحكام رخص السفر مبنية علىٰ اسم السفر وهو السير المديد، وأصل العلة المشقة، ولما تعذر الوقوف عليها من كل شخص أقام الشرع السبب الظاهر، وهو السير المديد مقامها، وتثبت الرخصة وإن عدمت المشقة، ولما قامت المرأة بعينها مقام المستحق بالنّكاح منها في حق جواز العقد

[١] «ص» (عنها).
[٢] «ص» زيادة: (للمالك).
[٣] «ن» (أجبت).
[٤] «ص» (ولو).

فكذلك في حق التسليم ؛ لأنه إنما يقع بما جاز عليه العقد ، ولأنّ تلك العلة في التسليم قائمة وهو أنه لا يملك تسليم الوصف بانفرادها[١].

ألا ترىٰ في باب الإجارة يتم ويتأكد الأجر بتسليم الدار وإن لم يسكنها المستأجر ؛ لأن التسليم قبل الوجود لا يتصور وبعد الوجود[٢] لا يبقىٰ ليسلم ؛ فكذا هذا لأنه لا يجوز شرع التسليم في محل لا يقبله ، فالمحال شروط لكل حكم لا يتصور ثبوته في غير محله.

❁ فإن قيل: إن المنفعة كما لا تبقىٰ لتباع[٣] بعد الوجود[٤] فكذا لا تبقىٰ لتسلم بعد الوجود وهي المملوكة بالعقد ، فكما[٥] استوىٰ الحال فيهما أقام العين مقام المنفعة في الأمرين جميعاً ، فأما المملوك بالنّكاح فليس بملك المنفعة علىٰ ما مر ، وأنه بمنزلة ملك العين وأنه يبقىٰ أزمنة والتسليم في نفسه[٦] متصوِّر بوطء الزوج ، فإن المملوك يصير مستوفي منها كما في سكنىٰ الدار وكما في النّكاح الفاسد والزنا حتىٰ إذا ادعىٰ شبهة غرم بدل ما استوفىٰ بالإجماع[٧] ، ولما تصور لم يقم البدل مقام الأصل . ألا ترىٰ أن ما يفوت من المنفعة[٨] قبل التسليم يفوت علىٰ المؤاجر ويبطل أجره بقدره ولا يسقط بفوت تسليم المرأة نفسَها شيء من المهر كما لا يفوت في البيع ، فعلم أنه لم يفت شيء من ملك الأصل بمنع

[١] «ص» (بانفراده).
[٢] «ن» (الرجوع).
[٣] «ص» (لمتاع).
[٤] «س» (الوجوب) ، والمثبت من «أ» ، «ن» ، «ص».
[٥] «أ» (فلما).
[٦] «ص» (زمنه).
[٧] «ن» (بالجماع).
[٨] «ص» (ما يقوم به من المتعة).

التسليم، وأنه ليس بملك منفعة بل في حكم ملك عين.

۞ قلنا: إنه متصور من جانب الرجل قبض ما ملكه دون الأصل حقيقة بالوطء فلا جرم ما تستحق المرأة عليه من الوطء لا يتأدى بالخلوة، فأما من جانب المرأة فلا يتصور[١] التسليم بدون التمكين من الجماع، والكلام لإثبات التسليم المستحق عليها بالعقد لتأكيد البدل، وتتميم العقد فإن هذا العقد[٢] أوجب عليها تسليما لا محالة الذي به تتمة العقد وتأكده، فلا بد من إثبات محله القابل[٣]، ولأنّ العقد لما كان يتم بتسليم ما انعقد عليه العقد، والمرأة في حق الانعقاد عليها قامت مقام المستحق بالعقد فكذا يتم العقد بتسليم نفسها ثم ذكرهم زيادة حكم في الإجارة وهو سقوط البدل وانفساخ العقد لو لم يجعل تسليماً لا يضرنا؛ لأنا أقمنا الدلالة على صحة ما قلناه بالمعنى الذي ذكرنا، فزيادة معنى آخر في الإجارة للتجويز لا تمنع التعليل بما قلنا.

ولا يلزم الفاسد لأنه مردود وغير واجب إتمامه، وإنما أقام الشرع العين مقام ما مُلك بالعقد منها ليتصور تمامه الذي وجب شرعاً، فالتمام[٤] حكم وله حكم[٥] لا يتصور إلا بما فعلنا على ما مر، فإذا لم يجب الإتمام بل وجب الرد بقي الحكم مع أصل الشرط.

وكذلك قلنا في الإجارة الفاسدة إن أجر المثل لا يجب بالتمكن من العين،

---

[١] «س»، «أ» زيادة: (من جانب)، والمثبت من «ن»، «ص».

[٢] «أ»، «ن» (العقر).

[٣] زاد في «أ» (له).

[٤] «ص» (لتمام).

[٥] «أ»، «ص» (شرط).

بخلاف الشراء الفاسد فإنه يملك بالخلوة عندنا ويصير قابضاً لأن المملوك فيه عين المبيع وتسليم عينه موجود من البائع إذا وضعه بين يدي المشتري، وإنما انعدم قبضه والتتمة في التسليم لا قبض المشتري.

ولما وجد عين التسليم ساوى الفاسد الصحيح، وههنا التسليم غير متصور في عين الواجب على ما مر فأقيمت عين المرأة مقامه لما وجب التسليم بالعقد ليكون شرع الله تعالى الحكم في محل يقبل الحكم؛ فإنه لا بد من المحل لكل حكم شرعه الشرع إباحة أم إيجاباً، أو أوجبه العبد.

﴿ فإن قيل: في باب الإجارة لا يتأكد جميع البدل إلا بتسليم العين في جميع المدة، فكذا المهر لا يتأكد إلا بتسليم العين في جميع المدة وهو التسليم إلى الموت.

﴿ قلنا: تعليلنا لإقامة ظرف[١] المستحِق بالعقد مقام المستحَق بالتسليم، فأما إذا جاء التسليم بعينه فكيف حكم تمام العين[٢] فلم يذكره، وإنما يتم به مثل ما يتم باستيفاء المتملك حقيقة، لأنه فوق التسليم، والمستحق بالعقد في الإجارة بحقيقة الاستيفاء، وهو السكنى لا يتأكد البدل إلا بجميع المدة، فكذا بالتسليم، وههنا لو وجد الاستيفاء بالوطء لوجب بساعة فكذا بالتسليم، ولا يلزم الخلوة الفاسدة لأن التسليم في التمكن من القبض، وقبض المستحق بالنكاح واستيفاؤه بالجماع لا باليد[٣] والتسليم يكون بالتمكين من الجماع أيضا، وذلك إذا لم يكن ثمة مانع من الجماع من مرض أو صغر ونحوه من الآفات الطبيعية، وكذلك إذا

[١] «ن» (طرف)، «أ» (طرق).

[٢] «أ»، «ن» (العقد)، «ص» (الفقه).

[٣] «ص» (للتأكيد).

كان بينهما ثالث فالجماع طبعاً لا يكون إلا بخلوة، وكذلك إذا لم يكن ثمة مانع شرعاً من حيض أو إحرام بحج أو صوم فرض، وما يحرم عليه معه جماعها.

❁ **فإن قيل:** فإذا لا يتصور التمكين من الجماع إلا بانتشار الآلة وربما لم يكن انتشر.

❁ **قلنا:** انتشار الآلة أمر باطن عنا فلا يبتني الحكم عليه ولكن بالأسباب الظاهرة الدالة على الانتشار من سلامة البنية عن الآفات المضعفة عن الجماع على ما ذكرنا من الأمثلة في ابتداء المسألة.

❁ **فإن قيل:** لو كان عنيناً.

❁ **قلنا:** إنه لا يوقف عليه حقيقة واستقبح تتبع[١] ذلك الباب.

❁ **فإن قيل:** لو كان مجبوباً.

❁ **قلنا:** إنه لا يصح مع الجب الخلوة عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله؛ لأنه مانع عارض ظاهر. وعند أبي حنيفة رحمه الله: لا عبرة بالجب[٢] لأنه بعد الجب لا يتصور بالمرأة[٣] التمكين من القبض بأكثر من هذا، وكلامهما[٤] أوضح[٥]؛ لأن الشرع نقل الحكم عن نفس المستحق بالعقد إلى عين المرأة، لأنه في نفسه لا يتصور تسليمه إلا[٦] بعذر[٧] الحال، ....

[١] «ص» (بيع).

[٢] «ص» (يصح بالجب).

[٣] «أ» (من المرأة).

[٤] «س»، «أ» (وكلاهما)، والمثبت من «ن»، «ص».

[٥] «ص» (أصح).

[٦] «ص»، وحاشية «أ» (لا).

[٧] «ص» (بقدر).

وهذا بعذر[١] بحال الجب ولا يشبه هذا ما استحقت المرأة من الجماع على الرجل، فإنه لا يبطل بالتمكن وإن جاء العدم بامتناع المرأة لما ذكرنا أن الحقيقة متصورة من الرجل، وإن كرهت المرأة، ولأنّ المرأة إنما استحقت الجماع بالنّكاح لتقضي شهوتها فلا تقع في الزنا، وإنه باب طبيعي لا يتأدى بغير الجماع.

فأما تأكيد المهر فحكم شرعي فصح التعليق بالجماع وبالخلوة، ولما ذكرنا في مسألة العنين أن المرأة استحقت الفراق لأنها صارت مظلومة بأن سد عليها باب الجماع بنكاحه من غير حاجة إليها، وعدم الحاجة يتحقق بالعذر والعجز عن الجماع، فيتأكد معنى[٢] الظلم.

وأما القصاص فعقوبة وليس على من عليه فعل في الباب، بل يستوفي منه كرهاً فلم يكن تمام سببه بالتسليم فلم يُطلب محل الإمكان.

❁ فإن قيل: إنه تعليل برفع النص، فالنص علق بالمساس والخلوة تتقدمه لا محالة فلا يبقى مع المساس وجوب[٣].

❁ قلنا: التعليل وقع للجماع، وأنه غير منصوص عليه، بل المنصوص هو المساس وتعين[٤] المس بلا خلوة لا يتأكد.

فإن قلت: المراد به الجماع.

❁ قلنا: المراد به التسليم لأنه سبب للتسليم كما هو سبب للجماع، وهذا

---

[١] «ن» (تعذر)، «ص» (عذر).

[٢] «ص» (فيبقى).

[٣] «س» (وجوه)، والمثبت من «أ»، «ن».

[٤] «ص» (ونفس).

التعليل قرر الحكم على الجماع إذا وجد مع الحيض وعلى قارعة الطريق وعدى إلى الخلوة؛ ولأنّي إذا أوجبت بالخلوة لم أتيقن به، وإذا جاء الجماع جاء الوجوب يقيناً فما ارتفع به حكم النص بحال، وأما مقايساته فما كانت بعدم وَصف فباطل بما ذكرنا أن العدم لا يصلح علة، ولأنّ الخلاف رجع إلى أن الخلوة الصحيحة هل تكون تسليماً؟ فإذا ثبت لم يبق له شيء فإنه يعلق بالاستيفاء لا غير، والله أعلم.

|٦٤٤| **مسألةٌ:** رجل تزوج امرأتين صغيرة وكبيرة فأرضعت الكبيرة الصغيرة قبل الدخول بها بانتا، ويجب نصف مهر الصغيرة.

وقال مالك(١) ﷺ: لا يجب لأن الفرقة جاءت من قبلها بأن صارت بنتاً للكبيرة فيسقط المهر كما يسقط مهر الكبيرة بأن صارت أما[٢].

ألا ترى أن الكبيرة يسقط مهرها وإن قصدت حبسه[٣] بأن خاف[٤] الهلاك على الصغيرة. ألا ترى أن مسلماً لو تزوج صبية نصرانية زوجها أبوها؛ ثم إن أبويها تمجسا[٥] بانت الصبية ولا مهر لها. علل محمد ﷺ في الجامع لأن الفرقة جاءت من قبلها بأن صارت مجوسية بتمجسهما[٦]، وإن لم يوجد منها صنع بوجه؛ فهذه الذي أُرضعت[٧] حتى حرمت، وإنه صُنعٌ وإن لم يكن تعدياً فأولى.

(١) انظر: «المدونة» (٢/٣٠١)، «النوادر والزيادات» (٥/٨٠ ـ ٨١)، «الإشراف» (٢/٩٧٨).
[٢] «أ» (أمها).
[٣] «أ» (حسبة)، «ص» (حسنة).
[٤] «ص» (خافت).
[٥] «ص» (أباها تمجس).
[٦] «ص» (بتمجسها).
[٧] «أ»، «ن» (ارتضعت).

وكذلك قلتم في الصبية المنكوحة إذا طاوعت ابن زوجها حتىٰ حرمت لم يسقط مهرها وقد جاءت الفرقة من قبلها، فالمطاوعة فعل وتُحد عليها بعد الكبر، وكذلك مولىٰ الأمة المنكوحة إذا باع الأمة من زوجها قبل الدخول بها سقط المهر؛ لأن الفرقة جاءت من قبله وإن لم يكن تعدياً فثبت أن اعتبار صفة التعدي ساقط، وإذا سقط ساوت الكبيرة الصغيرة في سبب الحرمة، بل الصغيرة أولىٰ لأن الحرمة ثبتت بالارتضاع الذي هو فعل الصغيرة دون الإلقام الذي هو فعل الكبيرة.

ولعامة العلماء: أن الفرقة جاءت من قبل الكبيرة فلا يسقط به المهر كما لو قتلتها الكبيرة، وإنما قلنا: جاءت من قبلها لأن الفرقة جاءت من قبل أنها صارت أماً للصغيرة، والأمية صفة فيها لا عبرة[١] لفعل ارتضاع الصغيرة في إثبات الاسم علىٰ ما قال الله تعالىٰ: ﴿وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِيٓ أَرۡضَعۡنَكُمۡ﴾ [النساء: ٢٣]؛ ولأنَّ فعل الصبية في مصها[٢]، ومصها[٣] لا يكون ارتضاعاً موجباً للقرابة إلا بثدي المرأة وهي التي مكنتها من الثدي فصار أصل السبب لها، فثبت أن ثبوت القرابة مضاف إلىٰ الكبيرة دون الصغيرة.

فأما الجواب عن كلامه الأول أن هذه الفرقة لما صارت سبب ضمان واستقام الإضافة إلىٰ اسم الأمية، والبنتية أضفناها إلىٰ الأمية التي في الأم فهي المخاطبة دون البنت، ووجب إحالة ثبوت الاسم علىٰ فعلها دون فعل الابنة علىٰ ما نذكر مع الشافعي رضي الله عنه، وكذلك في حرمة[٤] المصاهرة تضيف الفرقة إلىٰ اسم

[١] «أ» (غيره).
[٢] «ص» (مصتها).
[٣] «ص» (مصتها).
[٤] «ص» (حكم).

في المجامع[١] دون الصغيرة التي هي غير مخاطبة، فالصهر كالنسب لا يثبت الاسم إلا مشتركاً.

فإما إذا جاءت الردة فلا يمكن إضافة الفرقة إلىٰ ردة أبويها؛ فإن ردتها في الجماعة[٢] تنفصل عن ردتهما[٣] ولا تبين هي بردتهما وإنما تبين بردة نفسها فكانت الفرقة لمعنىٰ فيها، وهذه مسألة مشكلة، والله أعلم.

|٦٤٥| مسألةٌ: ثم الزوج[٤] إذا ضمن للصغيرة نصف مهرها لم يرجع علىٰ الكبيرة عندنا إلا إذا قصدت الكبيرة الفساد وذلك في أن تعلم بأن الرضاع مفسد للنكاح وفعلت بلا حاجة للصغيرة.

وقال الشافعي(٥) رضي الله عنه: تضمن الكبيرة نصف مهر الصغيرة، لأنها تضمن نصف مهر الصغيرة بالسبب الذي حرمت مهرها كله ثم في نفسها لا يختلف الحكم بين الحالين، فكذلك في حق الضمان.

والجواب ـ وفيه الحجة ـ: أنها تُحرِّم مهرها[٦] لأنها منعت ما للزوج قِبلها بفرقة[٧] جاءت مِن قبلها، وكان الاستحقاق لها بشرط أن لا تمنع فإذا فات الشرط فات حكمه، وإنما تضمن مهر الصغيرة لأنها أوجبت علىٰ الزوج ذلك علىٰ أصلنا

---

[١] «ص» (الجامع).

[٢] «ص»، «أ» (الجملة).

[٣] «ص» (ردة أبويها).

[٤] «ص» زيادة: (عندنا).

(٥) انظر: «الأم للشافعي» (٥/٣٥)، «الحاوي الكبير» (١١/٣٨٠ ـ ٣٨١).

[٦] «ص» (تحرم بها).

[٧] «س» (بغرقة)، «أ» (بعرقة)، والمثبت من «ن»، «ص»

على ما مر في مسألة إتلاف ملك النكاح هل يتقوم أم لا ، وعلى أصل الخصم لأنها أتلفت ملكه فيها وهي في حقها مسببة[١] للتلف والوجوب ؛ لأن فعلها في إلقام الثدي إياها ، وإنه لا يُتلف شيئاً ولا ملكاً ولا يوجب مالاً على الزوج حتى ترتضع الصغيرة وهي مختارة في ذلك ثم ينزل اللبن إلى جوفها فتثبت القرابة المحرمة مثبتة[٢] للملك وموجبة للمهر بمنزلة من حفر بئراً فتلِف فيها ماشٍ عليها فإن الضمان بالتلف ، والتلف لم يكن بالحفر بل بمشي ماش مختار ثم سقوط ثم الحافر إنما يضمن إذا كان متعديا في حفره ، ولم يضمن إذا لم يكن متعديا فكذلك هذا ، وقد حققناه في كتاب الديات في فصل الأسباب وما يتعلق بها من الضمان[٣] .

|٦٤٦| مسألةٌ: المرأة إذا وهبت الصداق للزوج قبل القبض ثم طلقها قبل الدخول بها لم يضمن شيئاً. وعند زفر يضمن نصف ما وهبت ، والمسألة في كتاب الرهن .

|٦٤٧| مسألةٌ: وأما إذا وهبت النصف ثم قبضت النصف[٤] ثم طلقها الزوج قبل الدخول بها لم يضمن شيئاً عند أبي حنيفة ﵀. وعند أبي يوسف ومحمد وزفر ﵏: يضمن نصف ما قبضت ، قال: لأنها لما قبضت النصف صار المهر نصفين متميزين المقبوضُ وغيره ، والله تعالى جعل للزوج بالطلاق قبل

[١] «ن» (مسببة) ، «ص» (مسته) .
[٢] «أ» ، «ن» ، «ص» (متلفة) .
[٣] «س» (الأسباب) ، والمثبت من «أ» ، «ن» ، «ص» .
[٤] «ص» (قبضت النصف ثم وهبت النصف) .

الدخول نصف المهر بلا تعيين فيكون له النصف من النصيبين[١] جميعاً كرجل له دين على رجل فقبض النصف ثم أقر لرجل ثالث بنصف الدين ثبت له الحق في المقبوض والباقي جميعاً، وهذا لأن الباقي نصفٌ غير هذا المقبوض فلا يتعين لنصف مطلق إلا بدلالة.

وكذلك رجل اشترى قفيز حنطة من زيد وقفيزاً من عمرو مثل الأول ثم أقر لرجل بنصف ما اشترى انصرف إلى القفيزين جميعاً لا إلى واحد بعينه، وهذا لا إشكال فيه إلا أن المرأة إذا لم تهب حتى طلِّقت لم يرجع أحدهما على الآخرِ بشيء؛ لأن حق الزوج ثبت في نصف المقبوض، ونصف الدين حق المرأة فيلتقيان قصاصاً إلا أن يكون الدين الباقي عين حق الزوج.

وإذا ثبت أن حق الزوج في نصف ما قبضت لم يبرأ عنه بهبة مال آخر كما لو قبضت الكل ثم وهبت للزوج ديناً آخر لها عليه مثل نصف المهر ثم طلقها الزوج إنها[٢] ترد نصف المقبوض.

ولأنّ هبة بعض العوض يجري مجرى الإسقاط من الأصل عندنا حتى يصير في الحكم كان العقد ما عُقد إلا بالباقي من البدل كما في البيع إذا وهب البائع للمشتري بعض الثمن فإنه يصير خطأ من الأصل حتى لو كان في البيع شفعة[٣] وأخذها الشفيع سقط عن الشفيع ذلك القدر كما لو لم يكن الشراء إلا بالباقي.

وكذلك لو كان باع مرابحة ثم حط عن الأول انحط عن الثاني، ومتى صار

[١] «ص» (النصفين).

[٢] «أ» (فإنها).

[٣] «ن» (بنفقة).

هكذا يصير كأنه تزوجها بالمقبوض من المهر لا غير، فيلزمها رد النصف[١]، وحتىٰ إذا اشترىٰ شيئاً بثمن ثم حط البائع عن المشتري عشر الثمن ثم وجد المشتري به عيباً يُنقص العُشر[٢] وقد امتنع الرد بسبب رجع بعُشر[٣] ما بقي كان العقد لم يرد إلا علىٰ ما بقي، ولم يقل بأن العشر وصل إليه بالحط فلا يستحق بسبب العيب شيئاً آخر، ولأبي حنيفة ﷺ أن الزوج لو لم يوهب[٤] له شيء حتىٰ طلقها كان حقه هو الباقي عليه لا غير بدلالة أن الشركة ثبتت بينهما بالطلاق فيصير نفس التقابض قسمة كالمكيل أو الموزون بين اثنين؛ قبض كل واحد منهما النصف لنفسه كان قسمة وإن لم يتراضوا علىٰ القسمة أو أحدهما فإن الآخر يجبر علىٰ قبض ما بقي، ومتىٰ قبض كان قسمة.

والمرأة ههنا قد قبضت النصف لنفسها، والباقي مقبوض للآخر حكماً؛ لأنَّ الدين في حكم المقبوض، لأنَّ كينونته في ذمته فوق كينونته في يده، وإنما يصير كذلك بالإتلاف.

❊ **فإن قيل**: هذا هكذا بعد ثبوت الدين[٥]، والزوج غير قابض، لأن ما عليه لم يثبت عليه يدٌ بالقبض بل وجب كذلك ابتداء فلا يثبت له حكم القبض إلا لمعنىٰ آخر من مقاصة أو صلح به ليصير بالتصرف[٦] قابضاً، والسقوط بالإبراء تصرف ممَّن ملك الدين فلا يصير قبضاً ممن عليه.

---

[١] «ص» (كأنه تزوجها علىٰ الباقي).

[٢] «ص» (نقص العنين).

[٣] «ص» (تعيين).

[٤] «ص» (يهب).

[٥] «أ» (اليدين).

[٦] «أ» (التصرف).

۞ قلنا: الموزون إذا كان بين اثنين فقبض أحدهما نصفه يصير قابضاً عين حقه حتىٰ لا يجوز النقض[١] عليه، ولكن النصف الآخر إذا هلك قبل الوصول إلىٰ الآخر بطلت القسمة كما لو قبض برضاه.

۞ فإن قيل: هذا هكذا إذا كان القبض بعد الشركة فإن الإفراز[٢] لا يكون إلا بعد الشركة[٣]، فأما قبل الشركة فلا يكون القبض إقرارا[٤]، فإذا طرت الشركة شائعة بعد القبض ثبت في النصيبين جميعاً ولم يوجد بعدها قبض ليكون إقراراً[٥]، إنما بقي حكم القبض الأول فيبقىٰ علىٰ ما كان؛ هذا هو مزل القدم.

والجواب عنه: أن الشِّركة ثبتت بالطلاق علىٰ معنىٰ أنه فيه سبب الفسخ علىٰ ما عرف في النّكاح، وبالفسخ إنما يثبت حق العاقد في العوض من الأصل، فمن هذا الوجه يصير القبض كالحاصل بعد الشركة فصار ما ذهبا إليه أمراً ظاهراً وهذا باطناً.

وأما الجواب عن الكلام الثاني أنه لا يصير إخراجاً وحطاً من الأصل في النّكاح بدليل أنها لو حطت عن الزوج الجميع إلا خمسة لم يكمل لها عشرة اعتباراً بما لو تزوجها علىٰ خمسة، وكذلك لو وهبت المرأة النصف ولم تقبض ولم تهب النصف حتىٰ طلقها الزوج لم يتنصف الباقي اعتباراً بما لو تزوجها علىٰ الباقي.

---

[١] «ص» (النقص).

[٢] «ن» (الإفراد).

[٣] «ن» (الشراء).

[٤] «س» (إفرازا)، والمثبت من «أ»، «ن»، «ن».

[٥] «س»، «أ» (إفرازا)، والمثبت من «ن»، «ص».

ألا ترىٰ أن الحط كما يلتحق بأصل العقد فكذلك الزيادة، وههنا لو زاد لها مهراً لم تصر كالموجودة ولم تتنصف بالطلاق بل يبقىٰ حكم العقد بعد الطلاق علىٰ ما كان قبل الزيادة ولم يتغير، فكذلك لا يتغير بالحط، وهذا لأن الشرع جعل النّكاح علىٰ ألف نكاحاً علىٰ خمسمئة في حال الطلاق كما جعل موجبه بلا تسمية مهراً قبل الطلاق ومتعة بعده حقاً للشرع، فليس السقوط علىٰ هذا النمط بمضاف[١] إلىٰ إيجاب الزوج فإنه ما قَصد إلا إبطال الملك لوجوب[٢] العشرة في الابتداء فلا يتغير[٣] بتصرف يوجد من العاقد بحق ملكه [رأس مال الأول][٤] كما أن الشرع لما جعل موجب النّكاح في المهر عشرة ابتداء لم يتغير بنقصانهما[٥] بخلاف قدر الثمن في حق الشفيع[٦] والمشتري مرابحة فإنه يلزم بقصدهما بيعهما[٧] بالثمن الأول[٨] لا شرعاً، والثمن الأول يثبت بإيجابٍ من المتعاقدين فيسقط من الأصل بإسقاطهما[٩] أيضاً كقدر الثمن ابتداء في البيع إنما يثبت بقدر ما يوجبانه، والله أعلم.

|٦٤٨| مسألةٌ: المولىٰ إذا قتل الأمة المنكوحة قبل الدخول بها سقط المهر

---

[١] «أ» (يضاف).

[٢] «ن» (كوجوب).

[٣] «ص» (يتغير). مطابق للمثبت

[٤] ما بين [ ] ليس في «س»، «أ»، «ن»، والمثبت من «ص».

[٥] «ص» (بنقصانها).

[٦] «ص» (البائع).

[٧] «ص» (تبعا)، «أ» (بيعاً).

[٨] «س» (بالأول)، والمثبت من «أ»، «ن»، «ص».

[٩] «ص» (بألفاظهما).

عند أبي حنيفة ﷺ، وعندهما لا يسقط لأن النّكاح إنما سقط بالموت فيوجب تأكيد المهر كما لو ماتت أو قتلها غير المولىٰ أو كانت حرة فقتلت نفسها، وهذا لما مر أن الموت نهاية مدة النّكاح؛ وأنه مما لا ينفسخ بفوت التسليم في المدة كما في الحرّة علىٰ ما مر[١] في باب الحرة لا ترد بالعيب؛ إذ اليد[٢] ليس بشرط لصحة العقد فكذلك لا يكون بقاؤها[٣] شرطاً لتمامه، وإذا لم ينفسخ بفوت القبض والمدة انتهت بالموت تقرر البدل كالإجارة تنتهي مدتها بخلاف الأسباب المفسدة من قبلها حال حياتها؛ لأنها بالإفساد في مدة النّكاح تصير مانعة فتجازىٰ بمنع المهر أيضاً. وفي الطلاق قبل الدخول معنىٰ الرد في المدة فأشبه الفسخ علىٰ ما بينا في مسائل المتعة.

ولأبي حنيفة ﷺ: أن المولىٰ بالقتل فوّت التسليم ومنع فيجازىٰ أيضاً بفوت البدل ومنعه قياساً علىٰ المولىٰ إذا باع الأمة المنكوحة من زوجها قبل الدخول بها؛ فإن المهر يسقط لأن النّكاح فات بملك الأمة، وإيجاب الملك في المبيع مضاف إلىٰ البائع لأنه كان ملكاً له، وكذلك الحرة إذا ارتدت قبل الدخول، وكذلك إذا فسد النّكاح بثبوت رضاع من جهتها أو مصاهرة، وهذا لأن النكاح عقد معاوضة تمليك بتمليك كالبيع فيقتضي المساواة بين المتعاقدين تسليماً بتسليم كالبيع سواء؛ إلا أن هذا لا ينفسخ بالموت؛ لأنه لا يحتمله علىٰ ما مر في الرد بالعيب ففارق البيع فيه، ولكن يحتمل تأخر البدل بتأخر المبدل؛ فإن المرأة إذا منعت نفسها بغير حق تأخر حقها في المهر أيضاً.

وكذلك يحتمل السقوط لا علىٰ سبيل الفسخ فتفويت أحدهما التسليم

---

[١] «ص» (ما عرف).

[٢] «أ» (البدل).

[٣] «ص» (نقله).

يقتضي فوت حقه بالسقوط في البدل الآخر كما في البيع يتأخر حق البائع في الثمن إذا أبق العبد المبيع ويسقط إذا فوت تسليم المبيع ؛ فإن العقد لما اقتضىٰ المساواة في الوجوب اقتضىٰ المساواة في التفويت أيضاً مجازاة علىٰ السواء.

ثم الدليل علىٰ أن القتل تفويت أن القتل بغير حق[1] في أحكام الشرع جُعل غيرَ الموت ، وإن كان موتاً في قدر الله. ألا ترىٰ أنه يلزمه أحكام تنعدم بالموت ، ولما جعل في حكم الشرع هكذا لم يصر نهاية في حق القاتل ظلماً وإن كان موتاً في حق غيره ولما لم يصر موتا والنكاح قد بطل بقتله صار مفوتاً كما لو ارتدت المرأة أو باعه الأمة.

❊ **فإن قيل**: بالقتل إنما يتلف ملك النكاح حكماً للموت لا قصداً إليه.

❁ **قلنا**: وكذلك بالبيع ؛ فإنه علة الملك ثم الملك يُفسده حكماً ولكن لما ثبت الملك المفسد بالبيع صارا حكمين له فكذلك ههنا الفساد مع الموت يضافان إلىٰ القتل.

❊ **فإن قيل**: القتل موت في الحقيقة ، ولكن جعل غيره في حق أحكام القتل ، وفساد النكاح ليس من أحكامه الخاصة فيبقىٰ موتاً في حقه كما هو موت في حق غير القاتل ، وثبت به أحكام الموت.

❁ **قلنا**: لما صار موجباً للقطع في هذه الحالة صار من أحكامه كالعتق في شراء الأب ، ويحتمل أن يكون الصبي كذلك ؛ لأن القتل منه موجود وإنما لا يلزمه من أحكام القتل ما هو عقوبة جزاء علىٰ فعله أو عبادة ، فأما في حقوق العباد ففعله معتبر ، والله أعلم.

---

[1] «أ» ، «ن» (قتل).

|٦٤٩| مسألةٌ: وأما إذا قتلت[١] الحرة نفسها فلا يسقط المهر، وقال زفر: يسقط للعلة التي قالها أبو حنيفة رضي الله عنه، ولا يقال بأن المنع منها والحرمان يكون على الورثة لأنهم يتلقون من قبلها.

ألا ترى أن الأمة المنكوحة إذا ارتدت قبل الدخول بها سقط المهر وهو للمولى لأنّه يتلقاه من قبله.

ولنا: أن قتلها نفسها والموت سواء في أحكام الدنيا؛ لأنه لا يثبت شيء من أحكام القتل في الدنيا والموت إنما يفارق القتل في الحكم لا غير.

وسقوط المهر من أحكام الدنيا والإثم من أحكام الآخرة فلا يكون نظيراً لما نحن فيه ولا كذلك قتل المولى الأمةَ فإن الكفارة لزمته في الخطأ وكذلك الدية، إلا أنها لو وجبت لصارت له بحكم الرق فلا يستقيم له عليه، فلم يجب الضمان لمانع، لا أن القتل غير مضمون، بل مضمون لما ذكرنا في الديات أن الدم للمملوك لا للمولى، وضمان القتل ضمان دم، ودم الحرة لها، فلا يتصور مضموناً عليها؛ ولأنّ الحرمان يقع على الورثة فلم يعمل إسقاطها كما لو أذنت بقتلها لم تسقط الدية ولو أذنت بقتل عبدها سقطت ولا رواية في فصل الأمة ترتد.

|٦٥٠| مسألةٌ: ورُوي عن أبي حنيفة رضي الله عنه أن الأمة إذا قتلت نفسها لم يسقط مهرها، وقال الشافعي(٢) رحمه الله: يسقط وكذلك إذا ماتت قبل الدخول بها على تخريج بعض مشايخه؛ لأن الأمة ـ قال ـ لا تُنكح على أصلِي إلا لضرورة خوف

---

[١] «ن» (قتل).

(٢) انظر: «مختصر المزني» (٢٦٨/٨)، «الحاوي الكبير» (١٧٣/٩).

الزنا ليقضي بها شهوته بالوطء فلا يتأكد[١] المهر إلا بتسليم الوطء كالعين المبيع في باب البيع.

فأما الحرة فتنكح لصلة المصاهرة، والسكن والعشرة وراء الوطء، إنما الوطء منها بعض مقاصد النكاح فجاز أن يتأكد المهر بلا وطء[٢] إذا انتهت مدة[٣] سائر المقاصد من صلة الصهر والعشرة، والله أعلم.

ولنا: أن المهر مقابل لملك المتعة، وأنه من الحرة والأمة سواء، فأما سائر المقاصد فثمرات العقد، ولا يقابلها المهر فلا يتغير[٤] حكم المهر بافتراقهما في سائر المقاصد، بل يقال: إن مهر الحرة لا يسقط بالموت؛ لأن العقد لا ينفسخ به، وانتهى نهايته[٥]، والعقد إذا انتهى مدته بلا فسخ تأكد البدل فكذا الأمة بخلاف البيع؛ لأنه ينفسخ به العقد، وبخلاف المسقطات حال الحياة فإنها لا تسقط إلا بفرقة مضافة إلى المرأة، وفيها منع وتفويت في مدة العقد قبل النهاية، فكان السقوط متعلقاً لذلك المنع على ما مرّ، وأنه معدوم إذا انتهى بالموت من غير منع، والله أعلم.

|٦٥١| مسألةٌ: إذا طلق الرجل امرأته قبل الدخول بها، والمهر عين ازداد زيادة متصلة في يد المرأة لم يتنصف إلا برضا المرأة عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله.

---

[١] «ص» (يجب).
[٢] «ص» (بالوطء).
[٣] «أ» (المدة).
[٤] «ص» (يتعين).
[٥] «ن» (بنهايته).

وعند محمد ﷺ: يتنصف؛ لأن حق التنصف للرجل باق بعد الزيادة بدليل أنه يأخذ قيمة النصف ولو سقط لما ثبت في قيمته، ولما بقي في الأصل لم يمتنع استرداد الأصل بسبب الزيادة المتصلة لأنها تبع، والتبع[١] لا يفارق المتبوع بحال.

ألا ترىٰ أن من أعتق جارية إلا يدها أو حمْلها أو وهب بهذا الشرط ثبت الحكم في الجملة؛ لأن المستثنىٰ تبع، والتّصرف بهذا الشرط لا يبطل في الأصل فلم يفارقه التبع، وكمن اشترىٰ جارية بعبد وتقابضا فازداد العبد في نفسه ووجد مشتري الجارية عيباً بها فردها؛ فإنه يسترد العبد زائداً؛ لأن حقه في العبد لا يبطل بالزيادة أصلاً، فلا يمتنع استرداد الأصل بسبب الزيادة المتصلة.

ولا يلزم الهبة تزداد بعد القبض لأن خيار الرجوع يبطل بالزيادة لضعفه كما يبطل بموت أحد المتعاقدين أو هلاك الهبة، وتعليلنا ليس للمنع من البطلان بالزيادة فإنه باق [بالإجماع][٢] بعدها، لكن لئلا[٣] يمتنع استرداد الأصل مع بقاء الحق بسبب الزيادة.

ولهما: أن الفرقة قبل الدخول موجبة تنصف المهر دون غيره، والزيادة بعد القبض ليست بمهر كما لو كانت منفصلة لدليل[٤] عرف في تلك المسألة، وإذا لم يكن مهراً لم تعمل فيها قصداً ولا تبعاً للأصل الذي هو مهر؛ لأنه لما لم يكن محل عمله إلا ما هو مهر كان من شرطه أن يصادف الأصل مهراً، وبعض الأصل

---

[١] «ص» (من البيع).

[٢] ما بين [ ] ليس في «س»، والمثبت من «أ»، «ن»، «ص».

[٣] «ص» (لا).

[٤] «ص» (بذلك).

ليس بمهر، ولا يمكن التمييز بينهما بحال، فلم يكن محلاً له، وصار[١] بمنزلة ما لو ولدت أو هلكت.

ولا يلزم مسألة الرد بالعيب لأن الرد بالعيب ليس بسبب للفسخ ابتداء، بل استيفاء لما أوجب له البيع من سلامة المبيع على ما مر[٢] في موضعه، والزيادة حدثت، وهذا الحق ثابت له في الأصل فلم يبطل بالزيادة، لأنها تبع، كما قال محمد رحمه الله.

فأما ههنا فحدثت الزيادة ولا حق للزوج في التنصف حتى يقال: لا يبطل بالتبع[٣] بل الحق إنما يثبت حين الطلاق، وشرط ثبوته في الأصل أن يكون مهراً كله، فأما إذا لم يكن الوصف مهراً فلا يثبت، وليس ما إذا لم يرتفع الثابت بالزيادة ولا يمتنع ثبوته بها، فكثير[٤] من الموانع إذا قارن الثبوت منعت ولا يرفع إذا طرأ، وكذلك العبد المأسور إذا اشتراه مسلم وأخرجه إلينا ثم ازداد في نفسه لم يبطل حق المولى القديم لأنه كان ثابتاً عند حدوث الزيادة فلا يبطل بالزيادة، وكذلك الشفيع يأخذ شفعته وإن ازدادت أشجارها وثمارها لأن الحق كان ثابتاً عند الزيادة.

|٦٥٢| **مسألةٌ**: إذا تزوج امرأة على عبد بعينه فاكتسب قبل القبض[٥] ثم طلقها لم يتنصف الكسب، وكان لها عند أبي حنيفة رحمه الله، وقال صاحباه: يتنصف، وكذلك

[١] «ص» (وصارت).
[٢] في حاشية «أ» (تبين).
[٣] «ص» (البيع).
[٤] «ص» (لكثير).
[٥] «س»، «أ» (الكسب)، والمثبت من «ن»، «ص».

إذا اشترىٰ عبداً شراء مطلقاً فاكتسب قبل القبض كان للمشتري وإن فسخ العقد.

وقال صاحباه: يدور مع الأصل؛ لأن ملك الأصل هو السبب لملك الكسب وملك الأصل قبل القبض موقوف علىٰ القرار[١] للمالك الظاهر أو العود إلىٰ الأول[٢] بانعدام القبض أصلاً، ولما توقف الملك في الأصل توقف كذلك في الكسب؛ لأن الحكم يثبت بقدر العلة؛ ألا ترىٰ أن المغصوب إذا اكتسب كسباً، كان للمالك الظاهر إن استرد العبد، وإن ضمَّنه الغاصب كان للغاصب؛ لأن ملك الأصل كان موقوفاً علىٰ أن يكون للغاصب بإزاء الضمان فتبعه الكسب، وكذلك العبد المبيع بشرط الخيار إذا اكتسب دار الكسب مع الأصل بخلاف الكسب بعد القبض؛ لأن ملك الأصل غير موقوف علىٰ غير المالك الظاهر وإنما يعود إلىٰ الزوج بسبب مبتدأ يوجب الفسخ ابتداء فثبت الملك في الكسب مطلقاً كذلك غير موقوف إلا بسبب جديد يوجب الملك فيه للأول[٣] كالأصل. ثم انفساخ الملك في الأصل لم يعمل في الكسب للحال؛ لأنه منفصل عنه للحال، وليس بتبع ولا بالاستناد[٤] إلىٰ ما قبل الكسب؛ لأن الكسب مزايل عنه؛ والاستناد لا يعمل فيما هو مزايل، وإذا لم يعمل الاستناد في حق الكسب صار في حقه كأن الملك لم ينفسخ من الأصل كمن تزوج امرأة ودخل بها، ثم فسخ العقد بخيار البلوغ أو[٥] الكفاءة يلزمه كمال المهر[٦]؛ لأنه ينفسخ للحال ثم[٧] يستند، فلا

[١] «ص» (الغير).

[٢] «ص» (المولىٰ).

[٣] «أ» (الأول).

[٤] «ص» (ولأن الإسناد).

[٥] «أ» (إذ).

[٦] «أ»، «ن» (الدم).

[٧] «ص» (فلم).

يظهر فيما استوفي منها فبقي الحكم فيها؛ كأنه لم يفسخ.

فأما في مسألتنا هذه فالملك يعود إلى الزوج بسبب انعدام قبض المهر كما أوجبه العقد وعُلق التمام به ولا يشكل هذه الجملة في المبيع؛ لأن تمام السبب متعلق بقبضه، فإذا كان الملك يثبت للذي ليس بمالك بسبب قائم عند الكسب، وذلك الملك علة ملك الكسب أوجبه كذلك.

ولأبي حنيفة رحمه الله: أن ملك الكسب حدث، وملك مالك الأصل مطلق فوجب أن لا يدور الكسب معه قياساً على ما بعد القبض.

ومعنى قولنا مطلق أنه غير موقوف في نفسه ولا توقف لغيره فيه سبب ملك؛ لأن الطلاق[١] يوجب ملكاً عنده لا سبب له قبله، وكذلك البيع إذا انفسخ بهلاك الأصل أو الإقالة فلا سبب لعود الملك إلى البائع قبل الهلاك وقبل الإقالة، وعدم القبض ليس بسبب يوجب للبائع حقاً في الفسخ حتى لا يستحق الطلب به بحال بخلاف البيع بشرط الخيار؛ لأن الشرط يوقف الملك في الأصل، فتوقف كذلك في الكسب.

وكذلك ضمان الغصب[٢] سبب ملك عندنا موقوف أمره على الاستيفاء فحدث الكسب والأصل موقوف على ملك الغاصب بضمان الغصب فتوقف كذلك ملك الكسب، وكذلك العبد الموصى به لإنسان إذا اكتسب دار كسبُه مع الأصل لأنه موقوف على حكم التركة وملك الميت ما لم يقسم، بخلاف الزيادة المتصلة لأنها قبل القبض تصير مهراً ويسري إليه حكم العقد.

---

[١] «ص» (المطلق).

[٢] «أ»، «ن» (الكسب).

وكذلك البيع[١] بدليل أن البائع إذا أتلف تلك الزيادة سقطت حصتها من الثمن عن المشتري، ولو أتلفها المشتري تأكدت عليه حصتها وبالكسب لا يتغير حكم الثمن بحال، ولما صارت مهراً ومبيعاً لم يبق الملك فيها بعدها انفسخ البيع[٢] أو النكاح في حق النصف ولا تنفسخ في الكسب لهذا السبب لأنه لم يصر [مهراً][٣] ولا مبيعاً على ما ذكرنا.

ألا ترى أنها لو حدثت[٤] بعد القبض تنصف الأصل وبقي الكسب عندنا[٥] ولو كان ولداً منع[٦] التنصف، وإنما ينفسخ الملك فيه تبعاً للأصل فلا ينفسخ متى كان فسخ ملك الأصل بسبب جديد بعد الكسب لما قالاه، والله أعلم وهو الموفق والمرشد.

❊ ❊ ❊

[١] «ص» (المبيع).

[٢] «أ»، «ص» (المبيع).

[٣] ما بين [ ] ليس في «س»، والمثبت من «أ»، «ن»، «ص».

[٤] «أ»، «ن» (وجدت).

[٥] «أ»، «ن»، «ص» (عنده).

[٦] «ص» (امتنع).

ومن حكم النّكاح:

فصل المتعة

|٦٥٣| [مسألةٌ]: قال[١] علماؤنا ﷺ: المتعة بعد الطلاق قبل الدخول في نكاح لا تسمية فيه تجب خلفا عن مهر المثل الذي كان واجباً به قبل الطلاق بدلاً عن الملك الواقع بالعقد للرجل على المرأة في الحالين جميعا، كمن يشتري عبداً بألف فيقتل قبل القبض فتجب القيمة فتكون قائمة مقام العبد بدلا عن الثمن في الحالين جميعاً.

وقال الشافعي ومالك(٢) ﷺ: المتعة صلة زائدة بعد الطلاق كالنفقة قبله، بدليل أنها تجب للمطلقة قال الله تعالى: ﴿وَلِلْمُطَلَّقَٰتِ مَتَٰعُۢ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٤١] ولا تجب بالإجماع قبله، والمهر أو ما يقوم مقامه يجب للمنكوحة، ولأنّ الطلاق شرع مسقطاً للواجب بإزاء ملك النّكاح إذا كان قبل الدخول فلا يجوز أن يكون موجباً لما لم يكن واجباً، وإذا لم يجب بالطلاق ولم يكن وجب بالعقد فإنها[٣] غير مهر المثل ـ على ما يأتيك بيانه ـ علم أنها صلة زائدة، لأن[٤] بدل ملك النّكاح يعتبر بحال المرأة، والمتعة[٥] تعتبر بحال الرجل كالنفقة قال الله تعالى: ﴿وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ مَتَٰعَۢا بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٣٦]، وهذا لأن الصلات شرعاً تجب بقدر احتمال [حال][٦] من شرعت عليه نفياً

---

[١] «س» (على)، والمثبت من «أ»، «ن»، «ص».

(٢) انظر: «المدونة» (٢/٢٣٨)، و«الأم للشافعي» (٧/٢٧٠).

[٣] «ص» (فقد فاتها).

[٤] «أ»، «ن»، «ص»: (ولأن).

[٥] «ص» (والمرأة).

[٦] ما بين [ ] ليس في «س»، والمثبت من «أ»، «ن»، «ص».

للإجحاف، فأما الأعواض فتجب على قدر ما يلتزمه العاقد، أو تجب بحيث تعادل الأصل لأنه عوضه، فإذا[1] لم يكن الوجوب بالشرط وجب معدلا بالأصل جبرا بالحق المستحق، وإذا لم يكن شرطا عدل به جبراً[2] لحال المستحق عليه، ولأنّ[3] الشرع جاء بالتمتع[4] وأنه لإيجاب متعة ومنفعة وإنما يتمحض نفعاً لمن يجب له إذا كان صلة، ولأنّ التمتع بالعوض يكون تمتعاً بما كان ملكاً لها قبل القبض فلا يكون إيجاب المتعة لها من الزوج، والتمتع بالصلة يكون بما لم تكن ملكت بل إلا بإيجاب الزوج فيكون تمتيعاً منه إياها بملكه على الحقيقة.

ثم فرعوا عليه مسائل:

|٦٥٤| مسألةٌ: قال مالك ﷺ(٥): المتعة غير واجبة لأنها صلة شرعت بعد ذهاب الزوجية فلا يكون مستحقه بسببها[6] كما في سائر الأجانب ولكن يندب[7] لها خاصة لنفي وحشة الفراق عنها؛ ولأنّ الله تعالى نص فقال: ﴿حَقًّا عَلَى ٱلۡمُحۡسِنِينَ﴾ [البقرة: ٢٣٦] والواجب حق على المحسن وغيره، وغير الواجب لا يعده حقاً إلا المحسن الكريم في خلقه.

|٦٥٥| مسألةٌ: وقال الشافعي(٨) ﷺ: المتعة واجبة لكل مطلقة إلا التي

---

[1] في حاشية «أ» (فأما إذا).
[2] «ص» (حين).
[3] «ص» (إلا أن).
[4] «ن»، «أ» (بالتمتيع).
(٥) انظر: «المدونة» (٢/٢٣٨)، «المعونة على مذهب عالم المدينة» (١/٧٨٠).
[6] «ص» (تشبيها).
[7] «ص» (يثبت).
(٨) انظر: «الأم للشافعي» (٧/٢٧٠)، «الحاوي الكبير» (٩/٥٤٧ - ٥٤٨).

طلقت قبل الدخول بها ولها مسمى.

وقال في قول: يحتمل أن يكون لها متعة، وفي قول مثل قولنا، واحتج بأنها صلة وجبت بدلاً عن فوات صلة الزوجية بدليل أنها لا تجب إلا بعد الطلاق فتجب لكل مطلقة.

وفي قول: لا تجب للمطلقة التي سمي لها المهر وطلقت قبل الدخول؛ لأن الطلاق بمنزلة الفسخ على ما نذكره، ولهذا يسقط نصف المهر، وإذا كان السقوط بسبب الفسخ سقط كله إلا أن الله تعالى أوجب نصف المفروض صلة لها متعة فلم تجب متعة أخرى، فأما بعد الدخول فلا يسقط المهر بالفسخ ولا بالطلاق فوجبت المتعة ولم يمتنع[1] لمكان المهر وهي صلة أخرى بسبب آخر كالنفقة تجب مع المهر.

ويدل عليه: قول الله تعالى: ﴿وَلِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٤١] بلا تفصيل، وقال في قصة أزواج النبي ﷺ: ﴿إِن كُنتُنَّ تُرِدْنَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾ [الأحزاب: ٢٨]، وإنما كانت تلك الفرقة بعد الدخول فثبت أن الدخول لا يمنع وجوب المتعة بل يؤكد؛ لأن الوحشة بعد الدخول أشد مما يكون قبل الدخول.

[2] وقال الشافعي(٣) رحمه الله المتعة تزاد على نصف المهر لأنها صلة أخرى غير المهر، لا اتصال لها بالمهر فلا تعتبر به كالنفقة.

---

[١] «ص» زيادة: (مسألة).

[٢] «أ»، «ص» زيادة: (مسألة).

(٣) «الأم» (٧/٢٧٠)، و«المختصر» للمزني (٨/٢٨٣)، و«الحاوي الكبير» (٩/٣٨).

وأما علماؤنا فيحتج لهم:

أما لوجوب المتعة بقول الله تعالىٰ: ﴿فَمَتِّعُوهُنَّ[١]﴾ أمر والأمر علىٰ الوجوب، وقال تعالىٰ: ﴿وَلِلْمُطَلَّقَٰتِ مَتَٰعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٤١] واللام لام تمليك أو إيجاب حق، وقال ﴿حَقًّا﴾ والحق هو الواجب، وقال: ﴿عَلَى ٱلْمُتَّقِينَ﴾، وقال في موضع آخر: ﴿عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ﴾ و"علىٰ "كلمة إيجاب، ثم تخصيص المحسن[٢] والمتقي بالذكر لا يدل علىٰ نفي الوجوب أو عدم الشرع في حق غيره، بل علىٰ قبوله عن الله والعمل به؛ فإن[٣] المحسن والمتقي من يقبل عن الله شرائعه ويعمل به لا أن[٤] يكون خاصاً للمتطوع ومن لا يعمل بها فهو مسيء، وكأن الشرع لم يتناوله؛ هذا كقول الله تعالىٰ: ﴿الٓمٓ ۝١ ذَٰلِكَ ٱلْكِتَٰبُ لَا رَيْبَ فِيهِ هُدًى لِّلْمُتَّقِينَ﴾ [البقرة: ١ - ٢] والكتاب هدىٰ للناس أجمع، وخص المتقين لأنهم هم الذين يهتدون به وغيرهم لا يهتدون؛ كأن القرآن ليس بهدىٰ في حقهم، وهذا كما سمىٰ الله تعالىٰ من لا ينتفع بسمعه أصم، ومن لا ينتفع ببصره أعمىٰ، علىٰ أن الله تعالىٰ أمر بالمتعة في سورة الأحزاب ولم يخص المحسن بالذكر؛ ولأنّ المتعة خلف عن مهر المثل علىٰ ما نذكره، والأصل كان واجباً فكذلك الخلف عنه عند سقوطه كالتيمم عن الوضوء، والصوم عن العتق في الكفارة، وكنصف المسمىٰ بعد الطلاق من الكل قبله.

. والمسائل تخرج علىٰ هذا؛ فنحتاج إلىٰ أن نثبت هذا الأصل فنقول: قول

---

[١] «ص» زيادة: (وسرحوهن سراحا جميلا).

[٢] «س»، «أ» (المحسنين)، والمثبت من «ن»، «ص».

[٣] «ص» (لأن).

[٤] «ص» (لمن).

الله تعالىٰ: ﴿لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُواْ لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتِّعُوهُنَّ﴾ إلىٰ قوله: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾ [البقرة: ٢٣٧] دليل علىٰ أن المتعة ونصفَ المفروض لا يجتمعان ؛ لأن الله تعالىٰ ذكر[١] الآيتين لبيان ما يجب للمطلقة قبل الدخول من المال علىٰ الزوج ، فأخبر أنها متعة في حال ونصف المفروض في حال.

ولو كان المهر واجباً مع المتعة لما حل التفريق بينهما حالاً ، والحال حال بيان ؛ ولأنّ كل بيان في حالة يدل علىٰ بيان تمام[٢] ما يجب لها لأنه لا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة ؛ فالزيادة عليه تجري مجرىٰ النسخ[٣].

وفيهما دليل علىٰ أن المتعة بدل[٤] عن ملك النّكاح كنصف المفروض ، لأنهما لبيان ما يبقىٰ للمنكوحة بعد الطلاق إلا أن الوصف اختلف لاختلاف الحال في التسمية ، وهذا الاختلاف لا يوجب اختلافاً في نفس الواجب كما قبل الطلاق ؛ فإن المهر لها في الحالين بدل عن ملك النّكاح وليس أحدهما بصلة ، وفيه دليل علىٰ أن المتعة خلف لأن الأصل في النّكاح شرعاً النّكاح بتسمية فيجب معرفة الواجب للتي سمي لها قبل الطلاق وبعده ، ثم يجب تعرف الواجب للتي لم يسم لها به ؛ ولأنّ الأصل أن المنصوصات لا يقاس بعضها علىٰ بعض لزيادة ولا نقصان علىٰ ما عرف من أصلنا.

والله تعالىٰ نص علىٰ المطلقة بعد الدخول أو ما يقوم مقامه فقال في آية الإفضاء: ﴿فَلَا تَأْخُذُواْ مِنْهُ شَيْـًٔا﴾ [النساء: ٢٠] ؛ فأوجب كمال المهر ولم يفصل

---

[١] «ص» (شرع).
[٢] «أ» (تام).
[٣] «ن» ، وحاشية «أ» (الفسخ).
[٤] «ص» (تدل).

بين التي سمِّي لها أو لم يسم لها، فعلم أن الواجب واحد، وذَكر المطلقة قبل الدخول بلا فرض وأوجب المتعة، والمطلقة قبل الدخول عن[١] فرض فأوجب النصف، فعلم أن الجواب مختلف.

والفقه يدل عليه: منها ما بينا أن مهر المثل يجب بنفس العقد فلا يبقىٰ خلواً عن الواجب لها بإزاء[٢] ما ملك عليها بالعقد[٣] بسبب الطلاق قياساً علىٰ التي سمىٰ [لها][٤]، وذلك في أن تكون المتعة بدلا عن ذلك الملك؛ ثم إنها ليست بجزء من أجزاء مهر المثل علىٰ ما نبينه فكانت غيره، وإذا صارت غيره وهي بدل عن ذلك الملك علم أنه بدل خلافه عن المهر ضرورة وجب عند عدمه بالطلاق كالتيمم من[٥] الوضوء وقيمة المبيع المتلف قبل القبض عن المبيع؛ لأنَّا متىٰ لم نجعله خلفاً عن المهر لا يبقىٰ عوضاً عن ملك النّكاح؛ لأن عوضه المهر، وأنها ليست بعين المهر فلا يبقىٰ إلا أن يكون خلفاً عنه ليقوم مقامه عند عدمه فيصير في حكم المهر بالخلافة وإن كانت غيره ذاتا كالتيمم من[٥] الوضوء والصوم من[٥] العتق في الكفارة؛ فإنهما غيران ولكن بالخلافة عنه قام مقامه فصار كفارة بمنزلته واجبة[٦] بالسبب الذي وجب الأصل به.

والدليل علىٰ أن المتعة عوض عن ملك النّكاح: أن العوض متىٰ وجب بسبب لأحد بقي ببقاء سببه كما وجب ما لم يتصل بالواجب ما يسقطه، وسبب

[١] «ص» (بلا).

[٢] «ص» (فأما).

[٣] «أ» (من العقد).

[٤] ما بين [ ] ليس في «س»، والمثبت من «أ»، «ن»، «ص».

[٥] «ص» (مع).

[٦] «أ» (واجبا).

الوجوب عقد النّكاح لا بقاء ملك النّكاح بدليل أن المهر يبقىٰ بعد الملك في المطلقة بعد الدخول.

وكذلك إذا ماتت، وكثمن المبيع يبقىٰ بعد انقطاع ملك المبيع بالبيع من آخر وبالطلاق لا ينفسخ العقد من أصله لأنه تصرف يملك حكماً لملك النّكاح فلا يوجب رفع سببه؛ لأنه متىٰ رفعه ارتفع الملك فيبطل الطلاق، وأنه بمنزلة عتق عبد يشتريه إنما الطلاق يقطع الملك الثابت به، وإذا بقي العقد غير منفسخ لم يسقط المهر إلا بمسقط يتصل به، والطلاق عينه[1] لا يسقطه كما بعد الدخول؛ ولأنّه تصرف مملوك بملك النّكاح كالعتاق فلا تأثير له في إسقاط المهر لأن الملك في العوض مقابل بوقوع ملك الأصل لا ببقائه، وإذا كان كذلك لم يكن بد من بقاء العوض لها بعد الطلاق كما قبله.

❊ فإن قيل: فعلىٰ هذا يجب أن لا يسقط شيء.

❊ قلنا: إما أن يقال: إن السقوط بقدر ما سقط أمر[2] ثبت بخلاف القياس لما ذكرنا فلم يجز قياس الزيادة عليه، أو يقال: إن الطلاق يشبه العتاق وبيعَ ما اشترىٰ؛ لأنه مبطل للملك بتصرفِ مُلِك بالملك، فهذا يوجب تأكيد العوض ويشبه استحقاق المعقود عليه لأن المملوك علىٰ المرأة يصير حقاً لها بلا سبب جديد كما خرَّج[3]، وهذا لا يكون إلا في الاستحقاقات لأن الملك إذا ثبت لإنسان لا يثبت لغيره إلا بسبب جديد أو ارتفاع المزيل أو استحقاق يثبت، والطلاق لقطع الملك لا لإيجاب الملك للمرأة، ولهذا صح تعليق الطلاق

---

[1] «ص» (عنده).

[2] «ص» (أو).

[3] «أ» (صرح).

بالشرط ، وصح مع الجهالة وتم بالزوج وحده لأنه إسقاط لحقِّه لا تمليك للمرأة وليس بفسخ على ما مرّ.

فلم يبق إلا جهة شَبَه الاستحقاق فسقط نصف المسمى بشبه الاستحقاق وبقي النصف بشبه العتاق ، وإذا لم يكن سمى لها مهرا سقط الكل بشبه الاستحقاق ووجبت المتعة خلفاً بشبه العتاق ، فصار عمل الطلاق التنصيف في المفروض الذي هو آكد ، والإبدال في مهر المثل الذي ضعف ثبوته وكانت المتعة من المهر بمنزلة من اشترى داراً بعبد فجاء الشفيع وأخذ من البائع يأخذها بقيمة العبد فيكون عوضاً عن الدار خلفاً عن العبد حال تحول الصَّفقة عن المشتري إلى الشفيع قائمة مقام العبد حال ما قبل أخذه.

فأما الدليل على أن المتعة ليست بصلة كالنفقة: أن الصلات يتعلق وجوبها بأسباب الوصلة كالقرابة والنّكاح لا بسبب الفرقة ، بل بالفرقة[١] تسقط كما تسقط بالمحاربة واختلاف الدينين فيما عدا[٢] الوالدين ، والطلاق سبب فرقة وإذا لم يكن صلة بلا عوض ثبت أنه بعوض لا بد من أحد الوصفين للدين[٣] ، ولكل مال يجب على غيره.

ثم العوضية لا تخلو إما أن تكون عما وجب بالعقد من الملك أو وجب بالطلاق ، ولا يجوز عما وجب بالطلاق ؛ لأن الواجب بالطلاق على الرجل[٤] فلا يكون البدل عليه.

---

[١] «أ» (الفرقة).

[٢] «ص» ، وحاشية «أ» (بين).

[٣] «ص» (للشيء).

[٤] في هامش «س» (الرجل ظ ، المرأة ظ).

ألا ترىٰ أنه إذا جاء شرط المعاوضة كان له علىٰ المرأة فثبت أنه عوض عما وجب بالعقد علىٰ المرأة كالمهر، وكانت المتعة من مهر المثل بمنزلة نصف المسمىٰ من الكل علىٰ ما قلناه إلا أن الوجوب توقف علىٰ الطلاق، لأن الأصل هو مهر المثل وعلق المتعة بحال عدم ذلك الأصل، ومع عدم انفساخ العقد، وإنما ينعدم بالطلاق كالتيمم يجب عن الحدث كالوضوء، ولكن لا يظهر وجوبه إلا حال عدم الأصل مع قيام العلة الموجبة.

وكذلك التكفير بالصوم من العتق، وإذا كان كذلك لم يكن متعلقاً في الطلاق[١] في الحقيقة ولكن بحال عدم الأصل كسائر نظائرها إلا أن العدم الذي هو شرط النقل إلىٰ المتعة لا يوجد إلا بالطلاق، فعلمت أن تراخي[٢] الواجب بالسبب إذا لم يكن أصلاً عن سببه لا يدل علىٰ فساد القول بكونه واجباً به بل القياس كذلك يوجب تراخيه[٣] إلىٰ حين عدم الأصل من الوجه الذي علق هذا بعدمه، وهذا كنصف المسمىٰ هو كل الواجب مهراً عن ملك النكاح وتوقف ثبوت صفة الكلية علىٰ الطلاق، وكان قبله نصف الكل.

وأمّا قوله أنها صلة[٤] لوحشة دخلتها[٥] بفوات الملك، فمثل هذه الصلات لا تكون واجبة بل تكون مستحبة؛ إذ الوحشة لحقتها لا بحق أخذ منها بغير حق، ولكن لقطع كان بحق، وترك الحق مراعاة للقلوب يكون من مكارم الأخلاق، ويكون من جملة الإيثارات، ولا يكون واجبة، وعندنا هذه المتعة مستحبة لكل

[١] «أ»، «ص» (بالطلاق).
[٢] «ص» (نفي).
[٣] «ص» (بواجبه).
[٤] زاد في «أ» (صفة).
[٥] «ص» (فعلتها).

مطلقة وهي المتعة التي كان النبي ﷺ أُمر بها بعد الدخول بقوله: ﴿إِن كُنتُنَّ تُرِدْنَ ٱلْحَيَوٰةَ ٱلدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ﴾ [الأحزاب: ٢٨] إن أردن الحياة الدنيا وزينتها؛ فإذا عرفت هذا علمت أن المتعة لم تجب مع المهر بحال كالتيمم لا يجب مع الوضوء الذي هو طهور يقيناً والصيام كفارةً مع العتق.

|٦٥٦| مسألةٌ: ومنها أن المتعة لا تزاد على نصف المهر[١]؛ لأن الفرض آكد.والواجب بعد الطلاق قبل الدخول لم يزد على نصف ما قبله فهذا أولى ولكنها تنقص لضعفها في نفسها، وهذا كالحر[٢] الغازي له سهم والعبد لا سهم له[٣] ولكن يُرضخ له إذا قاتل، ثم الرضخ يُنقص عن السهم لضعفه وقد يُبلَّغ السهم بشدة غناء[٤] العبد وجزائه، ولكن لا يزاد عليه.

فكذلك المتعة أضعف لأنها لم تسم، وقد فُوِّض إلى رأي المجتهد قدرها فيكون أضعف من الثابت بالنص كالسهم والرضخ[٥].

|٦٥٧| مسألةٌ: ومنها أن المنكوحة على مهر فاسد أو بغير مهر، وفرض القاضي لها مهراً إذا طلقت قبل الدخول بها سقط مهرها لأن المتعة قد وجبت بالإجماع، وإنها لا تجب مع المهر؛ ولأنّ الله تعالى قال: ﴿أَوْ تَفْرِضُوا۟ لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتِّعُوهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٦] وهذا نكحها ولم يفرض لها؛ فإن الفرض الفاسد

---

[١] «أ» (مهر المثل).

[٢] «ص» (إذا كان).

[٣] «ص» (في العبد لا يستهم له).

[٤] «ص» (شرعا).

[٥] «ص» (كالرضخ مع السهم).

لغوٌ بالإجماع.

وأما فرض القاضي فتقرير لقدر الواجب وصفته لا إيجابٍ مبتدأ، والبيان يوجب تقرير الحكم، ومن حكمه السقوط بالطلاق قبل الدخول إلىٰ متعة؛ ولأنّ العقد قبل فرض القاضي وقع[١] موجباً للمتعة عوضاً عن الملك بعد الطلاق قبل الدخول فلا يرتفع بفرض القاضي؛ لأن العلة لم تتغير، وحكم العقد يبقىٰ كذلك ما بقي العقد ما لم يتصرف في الحكم نفسه كإبراء المهر ونحوه، والتصرف من القاضي وجد في المهر وأنه غير المتعة علىٰ ما مر.

ولأنّ فيما ذهب إليه الشافعي ردَّ النص علىٰ النص، وزيادة علىٰ النص، وهي بمنزلة النسخ[٢] عندنا وكلاهما لا يجوزان بالاجتهاد وعلىٰ أصله لا منافاة بينهما فيتنصف الواجب قبل الطلاق[٣] استدلالاً بالمفروض، وتجب المتعة بدليلنا فتصير المسألة [فرعًا][٤] لِما مرّ لا محالة، وعلىٰ أصله جائز الزيادة علىٰ النص بالقياس وكذلك قياس المنصوص علىٰ المنصوص.

|٦٥٨| **مسألةٌ**: ومنها الرهن بمهر المثل لا يكون رهنا بالمتعة قياساً في قول أبي يوسف آخراً، وقال محمد: يكون رهناً استحساناً حتىٰ إذا هلك الرهن هلك بالمتعة عنده ولم يضمن شيئاً آخر، كما يكون رهناً بنصف المسمىٰ بعد الطلاق.

وجه القياس: أن المتعة دين آخر غير مهر المثل بدليل أن المتعة في الأصل

---

[١] «أ» (ووقع).

[٢] «ص» (الفسخ).

[٣] «ص» (بالطلاق).

[٤] ما بين [ ] ليس في «س»، والمثبت من «أ»، «ن».

ثياب معتبرة بحال الرجل والمرأة إلا أن يرى[١] القاضي الصلاح في جعلها دراهم فيجعلها دراهم، ومهر المثل دراهم معتبرة بحال المرأة، ومهر المثل يجب بنفس العقد، وهذه تتوقف على حال سقوط المهر وعدمه وما يتوقف ثبوته على حال عدم غيره كان غيره لا محالة؛ إذ[٢] نفسه لا يتصور وجوده حال عدمه في نفسه وكان كالتراب من الماء في باب الطهارة والصوم من العتق في باب الكفارة وقيمة المغصوب عن عينه؛ ولأنّ المتبرع بمهر المثل يرجع عليها إذا طلقت[٣] بالجميع ولا يصير متبرعاً بالمتعة، وكذلك الكفيل بالمهر لا يطالب بالمتعة إذا طلقت.

❁ فإن قيل: إذا استوفت المرأة مهر المثل ثم طلقت قبل الدخول بها ردت إلا قدر المتعة، فدل أنها بعضها.

❁ قلنا: سقوط الرد لا يدل على الاتحاد فإن من اغتصب من رجل دراهم واستهلكها لزمه الرد، فإن وجب له على المغصوب منه دراهم بسبب آخر سقط الرد عنه بحكم المقاصة، وذلك الدين غير هذا، فكذلك ههنا يجعل متعتها[٤] من الدراهم لتصير قصاصاً بالمهر الذي عليها رده، فلا تحتاج إلى الرد والاستيفاء بحكم [مخالفة][٥] الجنس، وهذا لأن المتعة ثياب غير موصوفة، فتعتبر بالمهر إذا جعل ثوبا هرويا، ولا يجب عينا بل قيمته في الوجوب يكون بمنزلته فكذلك في المتعة.

---

[١] «ص» (ألا ترى أن رأي).

[٢] «ص» (أو).

[٣] «ص» (علقت).

[٤] «ص» (معها).

[٥] ما بين [ ] ليس في «س»، «أ»، «ن»، والمثبت من «ص».

❁ فإن قيل: ذكر في الرجوع أن شاهدين لو شهدا على رجل بطلاق امرأته ولم يدخل بها، ولم يسم لها مهرا وشهد شاهدان بالدخول، وقضى القاضي بالفرقة والمهر، ثم رجعا ضمنا شاهدا[١] الدخول المهر للزوج إلا قدر المتعة فإنهم يشتركون في ضمانها كما لو كان فيه تسمية اشتركوا في ضمان النصف، فدل الاشتراك على اشتراكهم في إيجاب قدر المتعة، فإنما يكون كذلك إذا كانت[٢] بعض المهر[٣].

❁ قلنا قد قيل: إنَّه قول محمد.

ثم الجواب: أن شاهدي الطلاق قبل الدخول أوجبا المتعة، فإنهما لو تفردا ضمنا المتعة للزوج، والمتعة تنافي المهر وشاهدا الدخول أوجبا المهر، وأنه ينافي المتعة فقدر المتعة تعارض فيه السببان[٤]؛ أحدهما يوجب المتعة وينفي المهر، والآخر يوجب المهر وينفي المتعة، فيجعل نصفه متعة ونصفه مهراً عملا بالحجتين، ويجعل المتعة من جنس المهر تيسيراً للقضاء على ما قلنا في مسألة المقاصة[٥] قبل هذه، فثبت أن المتعة دين[٦] آخر غير المهر[٧] وعليه اتفاق بين الأمة[٨]، والرهن بدين قط لا يصير رهناً بدين آخر لأن العقد لم يتناول الثاني بوجه.

---

[١] «س» (شاهد)، والمثبت من «أ»، «ن»، «ص».
[٢] «ص» (فات).
[٣] «ص» (مهر المثل).
[٤] «أ»، «ن» (البينتان).
[٥] «ص» (المعاوضة).
[٦] «ص» (شيء).
[٧] «ص» (مهر المثل).
[٨] «ص» (الأئمة).

❁ فإن قيل: أليس الرهن بالمسلم فيه يكون رهنا برأس المال إذا تفاسخا السلمَ[١] وهو دين آخر؟

❁ قلنا: لا ؛ حتىٰ إذا هلك الرهن يصير مستوفياً للمسلم فيه ويلزمه رد المسلم فيه وقبض رأس ماله ؛ فعلمت أن الرهن رهن بالمسلم فيه ، ولكنه يحبسه[٢] برأس المال لأنه عقد استيفاء عندنا علىٰ ما عرف فيصير بمنزلة ما لو استوفىٰ المسلم فيه ، ثم تقابلا فيكون له حبس[٣] المبيع برأس المال لا أن يكون رهنا به ، وههنا المرأة لا تصير بهلاك الرهن بعد الطلاق مستوفية لمهر المثل ؛ إذ لو كان كذلك لزمها أن ترد المهر إلا قدر المتعة وعلىٰ أن الحبس[٤] بغير ما[٥] رَهن إنما يكون إذا كان بين المالين مبادلة ومعاوضة ، وليس بين المتعة ومهر المثل معاوضة بل هي عوض ملك النّكاح علىٰ ما بينا ، فلا يجوز حبس أحدهما بالآخر .

ووجه الاستحسان ـ وهو سر المسألة ـ : أن الرهن بدين لا يكون رهنا بدين آخر علىٰ الإطلاق ، ولكن بدين قام مقام الأول كأنه هو ؛ فيصير رهنا لأن طريقه في حالة طريق بقاء الأول ، لا[٦] طريق ابتداء الوجوب لامتناع وجوبه ابتداء ، واقتصار الوجوب قائما مقام الأول كالتراب من الماء علىٰ ما مر .

وإذا صار في حكم البقاء ، كأن الأول باق كان الطريق في حق الرهن[٧]

---

[١] «ص» (المسلم).

[٢] «أ» (يجب) ، «ص» (يحتسب) .

[٣] «أ» ، «ن» ، «ص» (جنس) .

[٤] «ن» (الجنس) .

[٥] «ص» (بغيرها) .

[٦] «ن» (لأن) .

[٧] زاد في «أ» (بقاءً) .

علىٰ ما كان لا رهنا مبتدأ ، وهذا كما أن مالاً آخر لم[١] يرهن لا يصير رهناً بدين رهن به مال ، ولكن إذا قام الثاني مقام الأول صار رهناً كالعبد يرهن قيمته ألف فيقتله عبد يساوي[٢] مئة فيدفع به كان الثاني رهناً كالأول لقيامه مقامه ، كأن الأول قائم بعينه ، وإن كان لا يعدل قيمته ولا يقرب منه ، ويكون طريقه في حق الرهنية طريق بقاء ما ثبت علىٰ[٣] ما ثبت ، ولكن تراجع سعره إلىٰ مئة.

والجواب عنه: أن العبد الثاني بدل عن ذات الأول أقيم مقامه لأنه وجب شرعاً جبرا لملك المولىٰ[٤] في الأول ، وإنما ينجبر إذا قام مقامه كأنه هو ؛ ولأنّه لا يجب إلا بعد بقاء حق المولىٰ في الأول لو قدر عليه ، وبالعجز صيِّر إلىٰ بدله فهذا حد[٥] البدل فيسري إليه حكمه كما يسري إلي الولد بحكم أنه جزء منها كسائر أجزائها ، وكان كضمان الغصب عن عينه وصار في المعنىٰ كأن الأول باق بعينه ولكنه تغير وصفه ، والمتعة ليست ببدل عن المهر ؛ فإن المهر يسقط بالطلاق قبل الدخول كما يسقط النصف من المسمىٰ ويجب بدل آخر عن ملك النّكاح أصلاً في العوضيّة عن ملك النّكاح لا[٦] بدلا عن المهر بدليل أن الرجل لا يطالب بالمهر مع قدرته عليه بماله ، وحد البدل ما يصار إليه للعجز عن الأصل أو بمبادلةٍ شرطيّة ولما سقطت [المطالبة][٧] بالمهر مع القدرة ولم تنقل إلىٰ غيره

---

[١] «أ» ، «ن» (لا).

[٢] «أ» ، «ص» (يسوي).

[٣] «ن» (شرعا).

[٤] «أ» (الملك).

[٥] «س» ، «أ» ، «ص» (أحد) ، والمثبت من «ن».

[٦] «أ» (إلا).

[٧] ما بين [ ] ليس في «س» ، وفي «ص» (المبادلة) ، والمثبت من «أ» ، «ن».

بمبادلة منهما علم أنه ساقط، ولما سقط المهر كله بسبب مسقط لم يصر الثاني قائماً مقامه بدلاً عنه، فلا يسري إليه حكمه، بل اعتبر بدين مبتدأ لا اتصال له بالنكاح وبزيادة مهر يوجبها الزوج على أصل المهر[١].

ونظير ذلك: ما قال علماؤنا ﷺ: فيمن اشترى داراً بعبد بعينه فجاء الشفيع فأخذ الدار مِن يدي البائع؛ فإنه يأخذها بقيمة العبد ويسلم العبد للمشتري فيكون القيمة على الشفيع بدلاً عن الدار لا عن العبد، وتوقف ثبوته على حال انفساخ السبب في حق العبد كذلك قبل[٢] وجوب القيمة مع قيام العبد، والرهن بالعبد لا يكون رهناً بالقيمة ما بينهما فرق إلا من حيث أن المستحِق عليه في باب الشراء شخصان، وههنا شخص واحد واختلاف الدينين علة كافية لما قلنا، فلا يضرنا أن انضم إليها في الأصل علة اختلاف الشخص.

ومثال نصف المفروض بعد الطلاق من الكل مع المتعة من المهر من العبادات صلاة الجمعة عن[٣] الظهر، وشطر صلاة المسافر عن الكل، فالجمعة غير الظهر وهي أصل واجب للوقت في هذا اليوم على المقيم الصحيح الحرِّ في البلد قائماً مقام الظهر في غير هذا اليوم وأن لو كان عبداً، وصلاة المسافر نصف صلاة المقيم فصار البدل حكماً ما صير إليه للعجز عن تسليم الأصل إلا[٤] بسقوطه والله أعلم.

---

[١] «أ»، «ن» (ذلك).

[٢] «ص» (بدليل).

[٣] «ص» (من).

[٤] «ص» (لا).

ومِن حكم النّكاح وجوب نفقة المرأة:

فصل النفقة[١]

أجمعوا على أن نفقة المرأة لا تجب عوضاً لأن المعاوضة إنما تثبت بين ما دخل تحت العقد بالتسمية أصلاً؛ ألا ترى أن المعاوضة بالبيع إنما تثبت بين المبيع وبين[٢] الثمن، ولا تثبت بين حقوق المبيع وثمراته ولا بين أوصاف المبيع والثمن، وإن دخلت[٣] تحت التسمية لأنها دخلت تبعاً.

ولأنّ المرأة متى حبست نفسها لتستوفي المهر استحقت النفقة ولو كانت عوضا عن الاحتباس عند الرجل لسقطت بفوت الاحتباس كيف ما فاتت[٤] الإجارة كما في الإجارة متى[٥] لم يسلم المؤاجر ما آجر بأي وجه منع سقط الأجر[٦].

وإذا لم تكن عوضاً عن الاحتباس لم يكن عوضا عما ملك على المرأة بالعقد؛ لأن المهر وجب بمقابلته؛ ولأنّ النفقة تجب ساعة فساعة؛ وذلك ثابت جملة فيجب عوضه جملة؛ ولأنّ الشرع سماه نفقة تجب على الرجل، وإنما تكون نفقة من قبله إذا أنفق صلة من ماله، فأما ما يكون ديناً عليه عوضاً عن شيء ملكه[٧] على المنفَق عليه فلا يكون نفقة عليه من قبله بل مِن قبل المنفَق عليه كما

[١] «ص» (مسألة).
[٢] «س»، «أ» (وهي)، والمثبت من «ن»، «ص».
[٣] «ص» (دخل).
[٤] «أ» (فات).
[٥] زاد في حاشية «أ» (ما).
[٦] «ص» (مع سقط الآخر).
[٧] «ص» (ملكت).

إذا اشترىٰ لها شيئاً بمهرها، وكذلك الله تعالىٰ سماه رزقاً للمرأة علىٰ الرجل، والرزق اسم لما يُدرُّ الغني علىٰ المحتاج كفايته من ملكه، فإن الله تعالىٰ هو الرزاق في الأصل فثبت أنه لا معاوضة في النّكاح إلا بين ما مُلك علىٰ المرأة بالمهر الذي ملكته[١]، وما بعد ذلك ثمرات الملك بلا معاوضة.

وإنما اختلفوا في حرف[٢]:

|٦٥٩| [مسألةٌ]: قال علماؤنا رحمهم الله: النفقة وجبت علىٰ الرجل جزاء لها علىٰ الاحتباس الواجب عليها عند الرجل.

وقال الشّافعي(٣) رحمه الله: النفقة تجب لها صلة مستحقة بالعقد ثمرة من ثمراته، ثم لزمها الاحتباس جزاء علىٰ النفقة.

والدليل علىٰ ذلك: قول الله تعالىٰ: ﴿ٱلرِّجَالُ قَوَّٰمُونَ عَلَى ٱلنِّسَآءِ بِمَا فَضَّلَ ٱللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ وَبِمَآ أَنفَقُواْ مِنْ أَمْوَٰلِهِمْ﴾ [النساء: ٣٤] فبين أن حق القِوام وحبسِها عنده ثبت له بما أنفق عليها، وليست الباء للمعاوضة فثبت أنها للمجازاة.

والدليل عليه: أنها إذا حَبَست نفسها لتستوفي المهر استحقت النفقة، فثبت أن وجوب النفقة أصل لما سبق[٤] وجوبها وجوب[٥] الاحتباس عليها إلا أنها

[١] «ص» (ملكه).

[٢] «أ»، «ن» (حرث).

(٣) انظر: «الأم للشافعي» (٥/٩٣ ـ ٩٤)، «الحاوي الكبير» (١١/٤١٤ ـ ٤١٥).

[٤] «س» (ثبت)، والمثبت من «أ»، «ن»، «ص».

[٥] «أ» (ووجوب).

إذا نشزت أو كانت أمة فلم يبوئها المولى بيتاً سقطت النفقة لأن الاحتباس واجب في مجازاة النفقة، وما أوجب الشرع النفقة إلا لاستحقاق الزوج القِوام عليها، وزوج الأمة ممنوع عن حق القوام عليها لحق المولى في خدمتها[١]، ولما صار ممنوعاً لحق المولى جوزي المولى بأن حرم نفقة أمته، فالنفقة عليه والمعاوضة تثبت معه وكذلك المرأة إذا منعت نفسها لغير المهر جوزيت بفوات النفقة، فالاحتباس مشروع عليها في مجازاة النفقة حتى إذا حبست للمهر[٢] وكان ذلك من حقوق العقد لم تستحق المجازاة بالحرمان، ولهذا أوجب الشافعي النفقة للصغيرة ولا احتباس عليها؛ لأنها من حقوق العقد، والعقد قد وجد، والحرمان على المجازاة تمنع التسليم، والصغيرة لم يوجد منها منع ولكنها لا تصلح للتمتع بها فلا يلزمها التسليم لذلك الأمر كالمريضة، وهذا لأن النّكاح بمنزلة الرق على المرأة وملك الرق موجب النفقة والرزق للمملوك على المالك في الأصل ثم قد يسقط بالإباق ونحوه.

|٦٦٠| **مسألةٌ**: وقال: تجب مقدرة بالمدة لأنها وجبت كفاية للمنفق عليه لا لحقيقة الحاجة إليها[٣]، فتكون الكفاية مقدرة شرعاً كالكفارات.

والدليل على أنها لا تجب لحقيقة[٤] الحاجة أنها لا تُستحق مع قيام الكفاية لها بمالها للحال، وكذلك إذا سُرقت النفقة منها وهي محتاجة لم تستحق مرة أخرى بخلاف نفقة الأب فإنها وجبت له ردًّا لحقيقة حاجته، ألا ترى أنه لا

[١] «ص» (حبسها).

[٢] «ن» (المهر).

[٣] «ص» (حاجتها إليه).

[٤] «أ» (بحقيقة).

يستحق مع ملك الكفاية، وإذا أعطي نفقة شهر فسرقت عاد الاستحقاق لقيام الحاجة، والحاجات تختلف فلا ترتد لمقدر شرعاً.

[٦٦١] مسألةٌ: ولهذا قال: تصير ديناً بغير قضاء، لأن سببه العقد كالكفارات تصير ديناً بتحقق أسبابها، وكما تصير ديناً بعد القضاء لأنه سبب على أصلكم بخلاف نفقة الأب؛ لأن سببها قيام الحاجة، ولا حاجة إليها لمدة مضت.

ألا ترى أنها لا تصير ديناً في القضاء[١]، وكذلك إذا سقطت الحاجة بملك الكفاية لا تجب.

ولعلمائنا: أن هذه النفقة رزق مشروع مع ملك المرزوق كفايته حقاً للمرزوق فوجب أن يكون جزاء على احتباسه للذي يرزقه لحقه قياساً على رزق القضاة والأئمة وعمالة العمال، وإنما قلنا: رزق فإن الله تعالى سماه رزقاً؛ ولأنّ[٢] الرزق والنفقة اسمان معناهما واحد فثبت أن الله تعالى شرع احتباسات على الناس لإقامة مصالح الناس وشرع لهم رزقهم في ذلك المال جزاء لهم على تسليم أنفسهم لذلك العمل، وإعراضهم عن عمل الكسب بذلك[٣] السبب، وقد وجدنا الاحتباس واجباً على المرأة لحق الزوج والنفقةَ واجبةً، فتجعل جزاء الاحتباس ليكون قياس ما شرعه الله تعالى، فكانت ثمرة لكن بواسطة المجازاة على حبس واجب بالعقد لا بغير واسطة.

❁ فإن قيل: الاحتباس واجب على المرأة بملك الرجل عليها كاحتباس

[١] «أ»، «ن»، «ص» (بالقضاء).

[٢] «ص» (فكأن).

[٣] «ص» (بدليل).

العبد على مولاه.

۞ قلنا: لا كذلك فإن الملك غير ثابت فيما وراء تحليل التمتع بها؛ ألا ترى أن نكاح الأمة تام ولا احتباس عليها، إنما الاحتباس زيادة أمر شرعه الله تعالى على المرأة[1] توفيراً لحق الرجل في إقامة أغراض النكاح وراء المتعة صيانة للماء كما شرع الله تعالى على الصالح للقضاء الاحتباس على الناس لإقامة فصل منازعاتهم، فشرع في مقابلة ذلك وجزائه الكفاية في بيت مال الناس، فكذلك نفقة المرأة، فيصير الاحتباس مع النفقة من ثمرات النكاح على سبيل المساواة[2] كأصله[3] فلم تجب للصغيرة؛ لأنه لا احتباس عليها فلم يجب[4] الجزاء كالأمة.

|٦٦٢| مسألةٌ: وأما المريضة فعليها الاحتباس عند الزوج إلا أن يأذن لها بالتحول، ولهذا لا تصير ديناً لمضي المدة لأنها وجبت جزاء فتجب على وفاق الأصل، والأصل على المرأة فعل الاحتباس.

|٦٦٣| مسألةٌ: فأما المرأة فلا تصير محتبسة إلا بتسليم الواجب من الفعل، فكذلك الواجب على الرجل فعل الإنفاق، فأما المال الذي يستحق بالفعل فلا يعتبر حقاً للمرأة بوجه إلا[5] بعد التسليم حقيقة، أو حكما بالالتزام؛ إما بقضاء

[1] «ص» (الحرة).
[2] «س» (النكاح)، والمثبت من «أ»، «ن»، «ص».
[3] «ص» (كالصلة).
[4] «ص» (يجز).
[5] «ن» (الأم).

أو برضاء كما ذكرنا في رزق القاضي والعامل في الصدقات؛ ولأنّ هذا المال لما وجب جزاء أشبه الأعواض، ولما لم يجب بعقد المعاوضة أشبه النفقات المحضة، فمن حيث أشبه النفقة لا ينبغي أن يجب دينا بحال بمدة مضت، ومن حيث أشبه الأعواض[١] يجب أن لا تسقط[٢] بمضي[٣] المدة، فجعل له منزلة بين المنزلتين، فقيل من غير التزام تسقط بمضي المدة كنفقة الأب، وتصير ديناً بالالتزام كالأعواض، فتبين أن الصلاة الشرعية للناس ما يجب حقاً للناس محضة، وما يجب حقاً لله، وما يجب للناس نوعان: ما يجب جزاء له على احتباس عن عمله عن تحمل لعمل غيره كرِزق القضاة ونفقة المرأة، وما يجب له دفعاً لحاجته كنفقة العبد والوالدين والولد، وما يجب لله نوعان: ما فيه معنى العبادة فيصرف إلى الفقراء؛ أصله[٤] من الله كالزكاة والعشور، وما فيه معنى العقوبة فيصرف إلى مصالح الإسلام كالخراج والجزية، والله أعلم.

[٥] ولهذا لا تجب هذه النفقة مقدرة لأن الواجب فعل الإنفاق، والفعل لا يتقدر وإنما التقدير للمال، وإنما ينتقل إلى المال بالقضاء أو الالتزام بالرضا ولا ينتقل إليه إلا مقدراً.

وأما الكفارة فمنقولة إلى المال عند تقرر أسبابها قبل[٦] التزام العبد أو القضاء عليه كما هي ههنا عند القضاء، ولأنّ الكفارة تجب وفيها معنى العقوبة

---

[١] «أ» (أعواض).
[٢] «ص» (يصير دينا لا يسقط).
[٣] «ن» (بمعنى).
[٤] «ن»، «ص» (صلة).
[٥] «أ»، «ص» (مسألة).
[٦] «ن»، وحاشية «أ» (عند).

جزاء على هتك[١] محظور، وفيها معنى العبادة والله تعالى ما شرع عقوبة، ولا عبادة إلا مقدرة؛ ولأنّ الله تعالى يقول: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٣٣] الآية، وقال النبي ﷺ لهند امرأة أبي سفيان: «**خذي**[٢] **من مال أبي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف**»(٣)، ولم يقدر، ولأنّه قرنه بنفقة الولد، ولا تجب تلك مقدرة[٤]، والله أعلم.

|٦٦٤| **مسألةٌ**: المرأة إذا استعجلت نفقة مدة ثم مات أحدهما قبل تمام المدة لم يَرد من النفقة شيء عند أبي يوسف رحمه الله.

وقال محمد رحمه الله: يرد بقدر ما بقي من المدة؛ لأنها أُوجبت لها بسبب الاحتباس، وقد زالت العلة في بعض المدة فيزول الوجوب فيلزمها الرد كالأجرة المعجلة إذا فسخ العقد في بعض المدة، كما لو خالعها على أن لا نفقة لها في بعض المدة أو طلقها قبل الدخول بها فإنها ترد، ولأنّها تصير ديناً يشبه الأعواض فيعتبر بها.

ولأبي يوسف: أنها صلة[٥] مقبوضة فينقطع بالموت حق الاسترجاع قياساً على الهبة ونفقة القاضي، وهذا لأن الصلاتِ لا رجوع فيها بعد حصول المقصود من الصلة للواصل. ألا ترى أنه لا رجوع[٦] في الهبة بعد العوض لحصول

[١] «أ» (تملك).
[٢] «س» (قضى)، وهي ساقطة من «ص» والمثبت من «أ»، «ن».
(٣) رواه البخاري برقم (٢٢١١).
[٤] «س» (مقدورة)، والمثبت من «أ»، «ن»، «ص».
[٥] «س» (صلاة)، والمثبت من «أ»، «ن»، «ص».
[٦] «ص» (الرجوع).

المقصود، ولا رجوع في الصدقة نفسها؛ لأن المقصود منها الثواب من الله تعالىٰ، وقد حصل بنفس التسليم، والمقصود من النفقة المجازاة علىٰ الاحتباس علىٰ الزوج لإقامة مصالحه في مدة النكاح علىٰ ما قلنا.

والمدة تنتهي بالموت لأنه غاية ما يطلب من دوام النكاح بينهما، فإذا مات أحدهما حصل كل المقصود من الاحتباس فلزمت الصلة، وبطل حكم الرجوع فيها بخلاف ما إذا طلقها لأن المدة لم تنته لا المضروبة شرطاً ولا المطلوبة حكماً بملك النكاح، وكذلك الهبة لا رجوع فيها بعد الموت أيهما مات؛ لأن الموت نهاية مقاصد الحياة من كل حي، فلما لم يوجد[١] الطلب حتىٰ مات الواهب بنفسه أو المطلوب، وفيه انتهاء مدة طلبه، أو الطلب من الموهوب له علم أن غرضه من الهبة المكرمة لا غير، وقد حصلت بنفس العقد، وهذا كما جعل الموت في باب المهر مؤكداً بخلاف الطلاق قبل الدخول.

|٦٦٥| مسألةٌ: الزوج إذا أعسر عن نفقة امرأته سقطت المطالبة ولازمته، وقال زفر: لا تلازمه لأن المطالبة سقطت نَظِرة إلىٰ ميسرة، فصار كما لو سقطت[٢] بتأجيلها إلىٰ مدة.

إلا أنا نقول: إن مدة الحلول فيما نحن[٣] فيه الميسرة، وإنها تقوم[٤] ساعة فساعة، فما لها وقت معلوم، فكانت الملازمة حقاً لها كيلا يفوت حقها في المطالبة

[١] «ن» (يؤخذ).
[٢] «ص» (نطقت).
[٣] «ن» (لهن).
[٤] «س»، «ن»، «ص» (تتوهم)، والمثبت من «أ».

بعد وجود الميسرة وهي جاهلة[1] بها بالغيبة، بخلاف الأجل المعلوم لأن المدة معلومة فلا معنىٰ للملازمة في المدة وما لها حق المطالبة بيقين والله أعلم.

|٦٦٦| مسألةٌ: نفقة الأقارب[2] مذكورة في العتاق بعلة المحرميّة.

|٦٦٧| مسألةٌ: ومن حكم النّكاح: قسم النساء؛ قال علماؤنا رحمهم الله: المرأة الجديدة والقديمة تستويان في القسم.

وقال الشافعي(٣) رحمه الله: إن كانت الجديدة ثيباً أقام عندها ثلاثة، وإن كانت بكراً أقام سبعاً ثم دار علىٰ السواء، وإن أقام عند الثيب سبعاً سبع لسائرهن، لما روي أن النبي عليه السلام قال: لأم سلمة حين بنىٰ بها: «إن شئت سبعت لك وسبعت لهن، وإن شئت ثلثت لك ودرت[4]»(٥).

وعن أنس رضي الله عنه[6] أنه قال في البكر: «يقيم عندها سبعاً وعند الثيب ثلاثاً»(٧).

ولأنّ عقد النّكاح عقد وصلة وسكن[8] ومتعة، والجديدة تفارق القديمة

---

[1] «س» (حاصلة)، والمثبت من «أ»، «ن»، «ص».

[2] «ص» (المحارم).

(٣) انظر: «الأم للشافعي» (١١٨/٥).

[4] «ص» (لهن).

(٥) رواه مسلم برقم (١٤٦٠).

[6] «ص» (عن النبي ﷺ).

(٧) رواه البخاري (٥٢١٣)، ومسلم (١٤٦١).

[8] «ص» (تمكين).

في الصلة والسكن لأنهما تحصلان[١] بالعشرة والخلطة، وعند مبدإ[٢] الزفاف يكون القلب منها بين نفرة وسكن لمكان الحشمة، فتستحق زيادة مقام معها لتساوي الأولىٰ في معنىٰ الصلة والسكن، إلا أنّ قلب البكر أنفر من قلب الثيب لأنّها لم تخالط الرجال أصلاً؛ فيكون حشمتها أكثر والثيب إن[٣] لم تخالط هذا بعينه فزيد في مدة البكر، فأما من حيث حق المتعة فلا زيادة لواحدة؛ لأنّ حق القديمة فيها مثل حقها إلّا أنا نحتج بقول الله تعالىٰ: ﴿فَلَا تَمِيلُواْ كُلَّ ٱلْمَيْلِ﴾ [النساء: ١٢٩] فالله تعالىٰ أمر بالعدل في النساء، وقصر علىٰ الأربع لعلمه[٤] بنا أنا لا يمكننا العدل بين أكثر من ذلك والله أعلم، ثم أخبر أنا لا نستطيع وإن حرصنا بين الأربع، وعنىٰ به من حيث المحبة فقال: ﴿فَلَا تَمِيلُواْ كُلَّ ٱلْمَيْلِ﴾ يعني بالفعل، وفي زيادة القسم زيادة بالفعل فيكون داخلاً تحت النهي، وقال ﷺ: «وللحرة الثلثان من القسم وللأمة الثلث»(٥)، ولم(٦) يذكر[٧] حال الابتداء والدوام معاً أنّه نص علىٰ نكاح الحرة علىٰ الأمة ثم قال: «وللحرة الثلثان» وعلىٰ ما يقوله الخصم يكون للحرة أكثر من الثلثين.

واحتج محمد بن الحسن بما روي عن النبي ﷺ أنه قال لأم[٨] سلمة رضي الله عنها:

---

[١] «ص» (يجتمعان).

[٢] «س» (هذا)، والمثبت من «أ»، «ن»، «ص».

[٣] «س» (إنها)، «ن»، «ص» (إنما)، والمثبت من «أ».

[٤] «أ»، «ص» (لعلة).

(٥) رواه سعيد بن منصور في سننه (٦/٢٢٦) برقم: (٧٢٥)، والدارقطني في سننه (٤/٤٣٣) برقم: (٣٧٣٨) موقوفا عن علي رضي الله عنه «إذا تزوج الحرة علىٰ الأمة فقسم بينهما: للأمة الثلث وللحرة الثلثان».

(٦) «أ» (أولم).

[٧] «ص» (يدخل).

[٨] «ن» (لأمة).

«إن شئت سبعت لك وسبعت لهن»(١) فسوىٰ بينها وبينهن، وإنما فضلها في البداية بها كرامة لورودها ضيفاً وتقليلاً[٢] لحشمة ابتداء الأمر وهذا عندنا جائز؛ لأنّه إن تزوجهن جملة كان له البداية بأيتهن شاء؛ لا بد من ضرب هذا التفصيل[٣]، وقد جعل إليه فيضعه حيث شاء.

وأما قوله ﷺ: «وإن شئت ثلثت لك ودرت»(٤) فلا دليل فيه، لأنّه لم يبين كيف يدور، ولم يقل: كيف أدور، وعندنا: يدور بثلاث ثلاث كما نص عليه في السبع؛ فإن الثلاث لو كان لها بحق الابتداء لكان يجب الدوران إذا سبع بأربع أربع، فلما قال: وسبعت لهن علم أنه لا زيادة لها في العدد إلا أنه في الثلاث[٥] قال بلفظ الدور مثلاً[٦] إلىٰ عبارة أخرىٰ فصاحة.

والمعنىٰ في المسألة: أنّ العدل بالمساواة واجب في الدوام بالإجماع لاستوائهن في حكم النّكاح، وهذا المعنىٰ قائم عند الابتداء لأن حق النّكاح إنما يتغير بالرق لا بالدوام والابتداء؛ لأن الشيء إذا ثبت لم يدم فحُكم[٧] أنه ثبت بسببه[٨] إلا علىٰ حسب ما ثبت.

فأما قوله: أن الجديدة استحقت الزيادة لمكان الحشمة فغير مسلَّم له هذا،

---

(١) سبق قريبا.

[٢] «ص» (وتعليلا).

[٣] «ص» (التفضيل).

(٤) سبق قريبا.

[٥] «ص» (الثيب).

[٦] «أ» (ميلاً).

[٧] «ن»، «ص»، «أ» (بحكم).

[٨] «س» (نسبه)، والمثبت من «أ»، «ن»، «ص».

فما ثبت عندنا أن الحشمة علة استحقاق الزيادة، وما هذا بأمر[١] يُعرف قياساً، بل ورودها ضيفاً سبب لزيادة مكرمة مندوب إليها كسائر الضيوف[٢] دون الوجوب غير أن العدل واجب فلا يجوز الميل إلىٰ إقامة المندوب بترك الواجب إلا أن يرضين بذلك».

❁ فإن قيل: إن العدل قائم مع قولنا بهذه الكرامة لحق الابتداء؛ فإن القديمة كانت تستحق مثل هذه عند مبدأ أمرها.

❁ قلنا: لا عبرة لما مضىٰ في حق هذه الجديدة، فالحق كان خالصاً لها فيما مضىٰ، وإنما وجبت القسمة بعد الشركة والمزاحمة فلا يمكن إثبات المساواة بما كان خلص لها، بل يجب بالأزمنة التي فيها الشركة والمزاحمة.

دل عليه: أنه كان للجديدة[٣] زيادة حشمة ندب[٤] إلىٰ قطعها بالخلطة، فللأولىٰ زيادة غيظ تلحقها بتفضيل هذه لا يلحق الجديدة مثله لأنها دخلت علىٰ الأولىٰ وطابت نفسها بالشركة، والأولىٰ يفوتها الخلوص وكما[٥] يندب إلىٰ قطع الحشمة فإنها سبب نفرة فبقطع الغيظ أوجب فإنه أقوىٰ سبب للنفرة، ولأنَّ لكل قديم حرمة كما أن لكل جديد لذة، واللذة تقام بحكم الطبيعة، والحرمة تؤدىٰ بحكم العقل والشريعة، فلم يجز ترجيح حكم اللذة علىٰ الحرمة بحال، والله أعلم.

---

[١] «س» (ما مر)، والمثبت من «أ»، «ن»، «ص».

[٢] «ص» (الصنوف).

[٣] «ص» (كالجديدة).

[٤] «ص» (بذلك).

[٥] «ص» (لما).

ومن حكم النّكاح:

الإرث

[٦٦٨] مسألةٌ: إذا تزوج امرأة في عقدة [واحدة][١]، وثنتين في عقدة، وثلاثاً في عقدة ثم مات ولم يبين؛ كان للواحدة من ميراث النساء سبعة[٢] من أربعة وعشرين والباقي بين الفريقين: نصفان عند أبي حنيفة ﵀.

وعندهما: للثلاث تسعة وللثنتين ثمانية؛ لأنه لولا الثلاث لكان للواحدة ثمانية أسهم ثلث ميراث النساء، فهي إنما حرمت سهماً وصار لها سبعة لمكان الثلاث فيكون السهم لهن أيضاً لا محالة.

ولأنّ الثلاث إن صح نكاحهن كانت الواحدة معهن فيكون لهن ثلاثة أرباع الميراث ثمانية عشر، وإن لم يصح فلا شيء، فلهن نصف ذلك، وذلك تسعة، والثنتان إن صح نكاحهما فلهما ثلثا الميراث ستة عشر لأن الواحدة معهما، فيكون الثلث لها وإن لم يصح فلا شيء، فلهما [نصف][٣] ذلك ثمانية.

وأبو حنيفة ﵀ يقول: الواحدة نكاحها صحيح على كل حال فتعزل للإرث ثمانية بحال، وستة بحال فيكون لها سبعة فتعزل للإرث بسبعة[٤] بلا منازعة، ثم إن الفريقين يتنازعان في البقية بلا واحدة لأنها لما[٥] عزلت بيقين[٦] سقط

---

[١] ما بين [ ] ليس في «س»، «ن»، «ص»، والمثبت من «أ».

[٢] «ص» (تسعة).

[٣] مابين [ ] ليس في «س»، «ن»، والمثبت من «ص».

[٤] «ص» (تسعة).

[٥] «أ»، «ن» (لم).

[٦] «ص» (بنفس).

اعتبارها في حال الإرث بالشك، فيصير مسألتنا فيما بقي كرجل تزوج ثنتين[١] في عقدة وثلاثاً في عقدة ثم مات من غير بيان فإن الميراث بينهما نصفان، ومثال ذلك: رجل أوصىٰ لرجل بألف مرسلة وللآخر بثلث ماله وأعتق عبداً في مرضه يساوي ألفاً، وجميع [ماله][٢] ستة ألاف؛ فإن العتق ينفَّذ أولاً ثم صاحب الثلث والألف يقتسمان ثلث ما بقي علىٰ السواء وليس لصاحب الثلث أن يقول ما بقي يكون بيننا أثلاثاً؛ لأنه لولا العتق لكنا في الثلث علىٰ ثلاثة: لي سهمان ولك سهم، فما استحق بالعتق يكون علىٰ ذلك الحساب، وما يبقىٰ يبقىٰ علىٰ ذلك الحساب، لأنه لا منازعة لصاحب العتق معهما، فبقي المعتبر في حقهما ما بقي من الثلث بعد العتق، وذلك ألف فيصير مساوياً لصاحب الألف المرسلة، فيقتسمان علىٰ السواء.

إلا أنهما يقولان: الواحدة ما انتقص حقها من الثلث إلا بمنازعتنا، فلا يكون ذلك إلا لنا، ولم يمكن إلغاء منازعتنا رأساً.

|٦٦٩| **مسألةٌ**: إذا تزوج امرأة وابنتيها في عقد متفرقة، ثم مات قبل البيان كان الميراث نصفه للأم والنصف لهما[٣] عند أبي حنيفة ﷺ.

وعندهما بينهن أثلاثاً؛ لأن نكاح أيتهن سبق[٤] صح دون الباقيتين فاستوين في سبب الاستحقاق فيستوين في الاستحقاق كما لو تزوج امرأة وابنتها وأمها،

[١] «س» (بنتين)، والمثبت من «أ»، «ن»، «ص».

[٢] ما بين [ ] ليس في «س»، والمثبت من «أ»، «ن»، «ص».

[٣] «ص» (لها).

[٤] «ص» (لو).

أو امرأة وخالتها وعمتها، أو امرأة وأختها وابنتها[١].

ولأبي حنيفة ﷺ: أن الفساد ليس لعين العدد؛ فإن الجمع بين ثلاث نسوة حلال، ولكن لمعنى [في][٢] العدد، والمعنى المتنافي فيما نحن فيه معنيان: الأمية والبنتية لا غير؛ فكل واحدة منهما مدفوعة بحال دافعة بحال، فيجب نصف الميراث بحال ما تكون دافعة[٣].

فأما إذا تزوج امرأة وأمها وابنتها، فالمعاني المتنافية ثلاث في حق العليا: الأميّة[٤] والبنتيّة وبنتية البنت، وفي حق السفلى: البنتية والأمية والجدية، وفي حق الوسطى: الأمية في حق السفلى، والبنتية من السفلى في حقها، والبنتية منها في حق العليا، والأمية من العليا في حقها فالأسامي ثلاثة وهي معتبرة حكماً؛ فإن كل اسم يختص بأحكام في الإرث والولايات، وكذلك سائر المسائل، فأما ههنا فلا ينافي معنى[٥] الأمية إلا البنتية وهي تعارض البنتية في المنافاة، ويدل عليه أن نكاح الأم لا يدفع، إلا بالبنتية، ونكاح البنت يدفع بالأختيّة والأمية، فصار في المعنى على النصف من نكاح الأم ثبوتاً، ثم هما شخصان؛ فإذا انضم النصف إلى النصف ساوى نكاح الأم[٦].

فأبو حنيفة اعتبر المعاني المتنافية وهما اعتبرا الأشخاص، وهذا الاعتبار

[١] «ص» (وأمها).

[٢] ما بين [ ] ليس في «س»، والمثبت من «أ»، «ن»، «ص».

[٣] «س» (داخلة)، «ص» (دافعا)، والمثبت من «أ»، «ن».

[٤] «ص» (إلا).

[٥] «ص» (مع).

[٦] «ص» (النصف).

أظهر لأن دفاع الأم وإن كان بالبنتية فهذه صفة تثبت لكل بنت بولاد على حدة، فكانتا علتين وإن شملهما اسم واحد، والعبرة لتعدد العلل دون الأسماء، فالعلل علل للاستحقاق وإن شملها اسم واحد كما لو تسمت[١] كل علة باسم على حدة، والله أعلم.

ومما يتفرع من أحكام النّكاح: الحضانة.

|٦٧٠| **مسألةٌ**: حق الحضانة للأم[٢] بعد الفراق في الغلام ما لم يستغنِ عنها بأن يلبس وحده ويأكل وحده؛ فإذا بلغ ذلك رد إلى الأب، وفي الجارية ما لم تحض، وقال الشافعي(٣) ﷺ فيهما جميعاً: إذا بلغا سبعا[٤] خيرا وسلِّم[٥] إلى الذي اختاره.

لما روي عن النبي ﷺ: أنه خير الولد في مثل هذا، وقال: «اللهم وفقه»، فاختار الأب(٦).

وعن عمر ﷺ أنه خير الولد في مثل هذا(٧)، ولأنّ الحضانة وجبت حقاً

[١] «ص» زيادة: (على).

[٢] «س»، «أ» (في الأم)، والمثبت من «ن»، «ص».

(٣) انظر: «مختصر المزني» (٣٤٠/٨)، «الحاوي الكبير» (٥٠١/١١).

[٤] «س» (خمسا)، والمثبت من «أ»، «ن»، «ص».

[٥] «س» (سمّي)، والمثبت من «أ»، «ن»، «ص».

(٦) رواه أحمد في مسنده (١٦٦/٣٩ برقم: ٢٣٧٥٥)، وابن ماجه في سننه برقم (٢٣٥٢) عن عبد الحميد بن سلمة، عن أبيه عن جده: أن أبويه اختصما إلى النبي - ﷺ -، أحدهما كافر والآخر مسلم، فخيره فتوجه إلى الكافر، فقال: اللهم اهده" فتوجه إلى المسلم، فقضى له به.

(٧) رواه سعيد بن منصور في سننه (٢٤١/٢)، وعبد الرزاق في مصنفه (١٥٦/٧ برقم: ١٢٦٠٦)=

للصغير ونظراً له، وابن السبع في الغالب يصير بحيث يعرف خيرهما له.

ألا ترىٰ أن الشرع أمرهم بالصلاة إذا بلغوا سبعاً علىٰ سبيل التعويد فكان الأجدىٰ له من يختاره[١]؛ ولأنّ القلوب جبلت علىٰ حب المحسن فالظاهر أنه يختاره.

إلا أن علماءنا احتجوا بما روي عن النبي ﷺ أنه قال للمرأة في هذه المسألة: في بنت صغيرة: «أنت أحق بها ما لم تتزوجي»(٢). فالنبي ﷺ أثبت الحق لها ما لم تتزوج ولم يقل ما لم تبلغ البنت سبعاً إلا أنها إذا حاضت خصت عن الظاهر بدلالة الإجماع وردت إلىٰ الأب لأنها الآن تحتاج إلىٰ الزوج ومن يحفظها عن الرجال لا إلىٰ الحضانة والتربية، وهذه الولاية والقدرة للأب لا للأم.

وعن عمر رضي الله عنه أنه خاصم إلىٰ أبي بكر الصديق رضي الله عنه مع جميلة في عاصم ولده منها بعدما فارقها، فقال أبو بكر: ريحها خير له من سمن وعسل عندك يا عمر، ولم يخيِّر الولد(٣).

ولا يقال: يحتمل أن الولد كان طفلاً لأن عمر كان يرىٰ التخيير، والتخيير لا يتصور إلا بعد ما يبلغ مبلغ التمييز[٤]، وعمر كان يخاصمها علىٰ مذهبه حتىٰ

= ولفظ سعيد: عن عبد الرحمن بن غنم، أن عمر بن الخطاب، رضي الله عنه «خير غلاما بين أبيه وبين أمه».

[١] «ص» (الأحرىٰ له من عبادة).

(٢) رواه أبو داود في سننه برقم (٢٢٧٦)، وأحمد في مسنده في سننه برقم (٦٨٢٢٢)، والدراقطني (٤/٤٦٨) برقم (٣٨٠٨)، والبيهقي في السنن الكبرىٰ (٨/٧) برقم (١٥٧٦٣)، والحاكم في مستدركه (٢/٢٢٥) برقم (٢٨٣٠) وقال: «حديث صحيح الإسناد».

(٣) رواه عبد الرزاق (٧/١٥٤)، وسعيد بن منصور (٢/١٣٩)، وابن أبي شيبة (١٠/١٧٣).

[٤] «ص» (التخيير).

يكون الولد له بالتخيير فدلت القصة على موضع الخلاف ؛ ولأنّ حق الحضانة في الأصل ثبت[١] نظراً[٢] للصبي لأنه هو المحتاج إلى من يربيه ، والأم أهدى إلى التربية ما لم يستغن ويصير بحيث يأكل وحده ويشرب وحده ويلبس وحده ، ثم الصبي بعد ذلك يحتاج إلى تعلم الآداب ديناً ودنيا ؛ فإن كان ذكرا فالأب أولى بتعليم آداب الرجال ، وإن كانت أنثى فالأم أولى بذلك إلا أن تتزوج الأم فينزع منها لاشتغالها[٣] بالزوج عنه.

ولم يستقم تخيير[٤] الولد لأنه أمر يتردد بين ضرّ ونفع عاقبته فإنه رُبَّ إنسانٍ[٥] يرى ما ليس بحقيقة فيغتر[٦] الصبي به وربما يوافق خلق أحدهما طبع الصبي وذلك غير حميد العاقبة شرعاً ومروءة ، والصبي مما يلتبس عليه ذلك فلا يجعل الصبي من أهله ما لم يبلغ كما لم يجعل من أهل التجارات ، وخطاب الله تعالى بحقوقه إلزاماً وكان الصبي في مثل هذا الأمر الذي يتردد بين ضر ونفع ولا يميِّز بينهما إلا برأي مردوداً إلى مَن لا عقل[٧] له شرعاً لا إلى[٨] من كمل عقله فلم يجز تخييره فيه.

دلّ عليه: أن الصبي لا يختار من يؤدِّبه[٩] بل يختار من يدعه لهواه[١٠] وأنه

---

[١] «ن» زيادة: (في الأصل).

[٢] «أ» (نظيرا).

[٣] «ص» (لاستغنائها).

[٤] «ص» (تمييز).

[٥] «ص» (رب البستان).

[٦] «ص» (فيعتبر).

[٧] «ص» (يجعل).

[٨] «ص» (إلا).

[٩] «ص» (يؤذيه).

[١٠] «ص» (أبواه).

باطل شرعاً، وقد أوضحنا هذا ونظيره في مسألة إسلام الصبي العاقل وغيرها من كتاب تقويم الأصول(1).

ولهذا قلنا: إن الجدة أمَّ الأب أولى من الأخت لأبٍ وأم، خلافاً لزفر؛ لأن شفقتها أكثر لقيام البعضية بينهما، ثم الأخت لأب وأم أولى من الأخت لأم خلافاً لزفر؛ لأنّها أوفر[2] شفقة باتصال الأخوة بينهما من طريقين، وذلك أمر ظاهر بين الناس.

(1) انظر: «تقويم الأدلة في أصول الفقه» (ص:٤٢٩).

[2] «ص» (فلها).

ومن جملة أحكام النّكاح:

معرفة حكم يديهما في متاع البيت

[٦٧١] مسألةٌ: إذا اختلف الزوجان في متاع البيت؛ قال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله: ما يصلح للرجال كان للرجل وما يصلح للنساء كان للمرأة وما يصلح للرجال والنساء كان للرجل.

وقال أبو يوسف رحمه الله: تعطىٰ المرأة جهاز مثلها والباقي للرجل.

وقال الشافعي(١) رحمه الله في قول: هو بينهما، وفي قول يوقف المشكل[٢] حتىٰ يقوم دليل الرجحان.

وقال ابن أبي ليلىٰ رحمه الله: المال للرجل والقول قوله؛ لأنه هو القوام عليها، والسكنىٰ مضاف إليه والمرأة في السكنىٰ تكون في ملكه عرفاً وشرعاً فيصير يد الرجل هو المعتبر لقوته؛ ولأنّ المرأة بمنزلة المرقوقة[٣] عنده فيكون المعتبرُ يد المالك.

ألا ترىٰ أن القول قول الرجل في المشكل[٤] فكذلك في غيره؛ لأن الرجل قد يشتري المغزل والقطن، والغزل وما يكون للنساء إما لتجارة أو لحاجته إلى أن يُهدي إلىٰ امرأة، وكذلك المرأة قد تشتري القوس لهذه المعاني فلا يكون غلبه[٥]

(١) انظر: «الأم للشافعي» (٥/١٠٣)، «مختصر المزني» (٨/٤٢٧)، «الحاوي الكبير» (١٧/٤٠٨).

[٢] «ص» (الملك).

[٣] «ص» (الموقوفة).

[٤] «ص» (الملك).

[٥] «ص» (عليه).

الاستعمال من أحدهما دليل الترجيح مع استوائهما في حقيقة اليد.

ألا ترىٰ أن العطار والحجام إذا اختلفا في حُقَّة عطر في أيديهما لم يكن العطار أولىٰ بغلبة الاستعمال، ولأبي يوسف ﷺ أن الظاهر أن المرأة لا تخلو عن جهاز مثلها في بيت الزوج فيصير أولىٰ بذلك القدر والباقي للرجل لقوة يده علىٰ يدها بحكم القيام عليها علىٰ ما قاله ابن أبي ليلىٰ والشافعي بقول[١]: إن غلبة[٢] الاستعمال عادة غير معتبرة مع حقيقة اليد كما قاله ابن أبي ليلىٰ، فيكون بينهما لثبوت يديهما علىٰ الشيء ثبوتاً علىٰ السواء؛ لأن المرأة حرة ولها يد صحيحة[٣] كما للرجل، وبالنّكاح لم يتبدل حريتها وحكم يدها.

ألا ترىٰ أن العبد المأذون المديون[٤] والمولىٰ إذا اختلفا في ثوب بينهما كان بينهما، وكذلك المكاتب والمولىٰ جميعاً وإن كان أحدهما[٥] مالكاً والآخر مملوكاً له كما أن الأيدي تبدلت بالدين والكتابة فههنا أولىٰ، وكل واحد[٦] منهما حر لا سبيل لأحدهما علىٰ مال صاحبه إلا برضاه، وإنما صارت المرأة مملوكة وراء ما يتنازع فيه من الأيدي والأملاك[٧] علىٰ ما عرف؛ فهو كالمؤاجر مع الأجير إذا تنازعا في شيء بينهما كان بينهما، ولم يُقل إن المؤاجِر أولىٰ؛ لأنّ الأجير بمنزلة المملوك له لأنه مِلك منفعة ولم يتعرض ذلك لأصل الحريّة[٨]

[١] «ص» (يقول).

[٢] «ن» (عليه).

[٣] «ص» (وتمكين صحيح).

[٤] «ص» (المدبر المعتق).

[٥] «ص» (وإن كل واحد منهما).

[٦] «ص» (ولي كل واحد).

[٧] «ص» (والأطراف).

[٨] «ن» (الجزية).

واليد، والله أعلم.

وقال في قول: يوقف لتعارض الأدلة كما قال فيما إذا أقاما جميعاً البيِّنة علىٰ عين أنه له، فإنه يوقف حتّىٰ يتبين الراجح علىٰ قول في مذهبه، وفي قول: يكون بينهما فكذلك إذا تعارضت اليدان.

ولأبي حنيفة ومحمد: أن الزوجين يشتركان في البيت[١] في باب إقامة المعيشة ومصالح الكدخدائية(٢) علىٰ ما ظهرت العادة وجرت[٣] السُّنَّة، وإذا كان الاشتراك لهذا المعنىٰ والإقامة تكون بالاستعمال والانتفاع بما يكون في البيت لا بالإمساك لأن الإمساك عمل التجار إلىٰ أن يتفق[٤] المشتري، فأما أمر المعيشة فإنما يقوم بالابتذال صار يد الرجل فيما يصلح للرجال من السلاح أو الكراع الذي يختص الرجال باستعماله يد استعمال، وصار يد المرأة فيما يصلح للنساء مِن المغزل والغزل والمحلوج وآلات خِبازة النساء يد استعمال أيضاً، ويد الآخر يد الكينونة في بيته، أو يده فيكون يد الاستعمال أولىٰ لكنه[٥] أقوىٰ اليدين كرَجلين اختلفا في ثوب: أحدهما لابسه والآخر متعلق به، أو في دابة أحدهما راكب والآخر متعلق بلجامها؛ فإن اللابس أولىٰ وكذلك الراكب.

بخلاف الحجام والعطار إذا اختلفا في حقة عطر لأن إمساك العطار من

---

[١] «ص» (النسب).

(٢) نسبة إلىٰ كدخدا: بفتح الكاف وسكون الدال وضم الخاء المعجمة وبالذال المعجمة، وفي آخره ياء آخر الحروف بعده ألف ساكنة وكدخدائي باللغة الفارسية اسم له: من البيت الذي له عيال وخدم. انظر: «البناية شرح الهداية» (٦/١٥٥).

[٣] «ص» (وخرج من).

[٤] «ص» (يتيقن).

[٥] «ن»، «ص» (لأنه).

جنس إمساك الحجام لا أن يكون أحدهما مستعملاً والآخر ممسكاً ؛ فإن استعماله في التطيب ، وإذا تطيب بالطيب لم يبق فثبت أنهما متفقان إمساكاً إلا أن العطار عادته أكثر في إمساك الطيب ، والكثرة لا تكون ترجيحاً ؛ إنما الترجيح بما يقوي العلة لا بما يزيده ويكثره على ما بيّنّا في تقويم أصول الفقه.

وأما قول أبي يوسف رحمه الله بأن المرأة لا تخلو عن جهاز مثلها فذلك ظاهر غير قائم ؛ لأنها تخلو عن البقاء على ذلك ، ولأنّ الظاهر أن لا يكون من جهازها ما يختص الرجال باستعمالها[١] ، وإذا حملت حملت هدية للرجل ، وأما المسك[٢] الذي يصلح للرجال والنساء فالرجل أولى به ؛ لأن الرجل هو القوام في الجملة فيكون يده إلى يد الاستعمال في مشكل[٣] الحال أقرب ، والله أعلم.

فَصْـــلٌ

|٦٧٢| **مسألةٌ**: وأما إذا وقع الاختلاف مع أحدهما ووارث[٤] الآخر ، فالجواب في غير المشكل على ما مر ، وأما المشكل فالقول فيه قول الحي أيهما كان عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقال محمد رحمه الله الجواب واحد في الحالين ؛ لأن الوارث خلف المورث في أملاكه فيكون الخلاف معه ومع الميت واحداً كما في غير المشكل ، وكالاختلاف الذي يقع بين الوارث وسائر الناس.

[١] «ص» (باستعماله).

[٢] «س» ، «أ» ، «ن» (المشكل) ، والمثبت من «ص».

[٣] «ص» (تلك).

[٤] «ص» (وقارب).

وأبو حنيفة يقول: إن يد المرأة حال حياة الرجل معتبرة، لأنها حرة. ألا ترى أن القول قولها فيما يصلح لها، وإنما رجحنا يد الرجل بضرب ترجيح على ما مر ولم يكن للوارث يد بوجهٍ حالَ حياته، وإنما يثبت على سبيل الخلافة حكماً لانقطاع يده، فتصير يد المرأة التي هي قائمة في حال حياة الزوج أولى من يد الوارث كما يكون حق الغريم أولى من حق الوارث؛ لأن حقه كان ثابتاً في الجملة حال حياة الميت وصحته، وحق الوارث لا.

دل عليه: أنا رجحنا يد الرجل بحكم استعمال ثبت له لمعنى أنّه القوام عليها، والوارث لا يخلفه في معنى القيام عليها[١] فلا يصحبه سبب الترجيح، فيبطل رجحانه ثم يترجح يد المرأة بثبوتها معارضة ليد الرجل حال حياته بدون ذلك الترجيح.

فَصْلٌ

|٦٧٣| مسألةٌ: وأما إذا كان أحدهما مملوكاً فالمتاع للحر منهما عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقال صاحباه: نرى[٢] العبد المأذون له في التجارة والمكاتب بمنزلة الحر؛ لأن المكاتب له يد نفسه مستحقة له حتى إن المولى لا يملك إدخال[٣] يده. وكذلك العبد إذا كان عليه دين فيده يد لازمة، وكذلك إذا لم يكن عليه دين فله يد معتبرة حتّى إن المولى إذا انتزعه من يده لم يملك التصرف فيه،

[١] «ن» (على).

[٢] «ص» (يد).

[٣] «أ»، «ص» (إبطال).

وقبل الانتزاع يتصرف لنفسه بحكم اليد كأنه مكاتب أو حر على ما عرف في موضعه. ولو لحقه دين قبل الانتزاع منه تعلق به الدين[١] إلا أن اليد غير لازمة في حق المولى حتى ملك نقضها[٢]؛ فأما يده في هذه الحالة ويده بعد الدين سواء في أحكام الفك إلا من جهة اللزوم، والعبرة لليد. ألا ترى أن الحرّ والعبد المأذون إذا تنازعا في شيء في أيديهما كان بينهما بحكم يد العبد لا يد المولى حتّى إنّه يتصرف فيه.

إلا أن أبا حنيفة يقول: المعتبر في هذا الباب يد الكدخذائية[٣] لا يد الاكتساب والتجارة، والكدخذائية[٤] تضاف إلى الحر دون المملوك أيهما كان؛ لأن المملوك مادام مملوكاً فهو مشغول برقّه والتصرف بحكم الفك[٥]؛ إما للمولى إذا كان مأذوناً أو لشراء نفسه إذا كان مكاتباً فلا يمكنه الاشتغال بإقامة أسباب الكدخذائية مالم يفك نفسه عن الرق؛ فإنها الأصل في العادة والكدخذائية بمنزلة ولايته بعد وجود الحرية، وإذا كانت العادة على هذا فكذلك الحكم صار الحر منهما هو المستعمل بأسباب[٦] الكدخذائية دون الآخر فترجح بحكم الاستعمال؛ فخرجت هذه المسائل على حرف واحد، وهو أنّ يد الاستعمال أولى من يد الإمساك، والله أعلم وهو الموفّق المستعان.

تمّ مسائل كتاب النّكاح والحمد لله ربّ العالمين، وصلواته على خير

[١] «أ» (اليد).
[٢] «ن» (بعضها).
[٣] «ص» (الكل خذائية).
[٤] «ص» (الكل خذائية).
[٥] «ن»، وحاشية «أ» (العلة)، «ص» (التصرف).
[٦] «أ»، «ن»، «ص» (لأسباب).

الورىٰ محمد وآله وصحبه أجمعين[١].

[١] بعده في «أ» (وسلم تسليماً كثيراً إلىٰ يوم الدين كتبه الفقير الحيقر المعترف بالذنب والتقصير محمد بن محمود بن عبد الحق الطرابلسي العمري الشافعي الأشعري في يوم الاثنين المبارك حادي عشر شهر جماد الثاني من شهور سنة خمسة وثمانين وتسعمئة ختمت بخير)، «ن» (بحمد الله وحسن توفيقه والصلاة علىٰ محمد وآله).

كتابُ الطلاق

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

التحريمات التي تنفذ من الزوج بحكم ملك النكاح أربعة أنواع:

❊ الطلاق،

❊ والإيلاء،

❊ واللعان،

❊ والظهار،

فنبدأ بالطلاق لأنه الأصل والمباح للزوج في وقته.

ولكل تصرف منها:

❊ شرط.

❊ وركن.

❊ وحكم.

❊ وأثر للنكاح يعقبه، وهو العدة.

|٦٧٤| [مسألةٌ]: فأمّا المرأة نفسها، فشرط كل تصرف منها لأنّها المحل[١]، والتحريم مضاف إليها، والمحال شروط، وإنما تصير هي محلاً بكونها منكوحة لأنها تصرفات تحرم ذلك الملك، ثمّ بالعدّة عن النكاح تبقى محلاً عندنا لصريح[٢] الطلاق ما دامت[٣] تحل له عقداً ولم تصر من المحرمات.

وقال الشافعي(٤) ﷺ: بالعدة لا تبقى محلا، والمسألة مرت في كتاب النكاح في مسائل العدد أنّها تجب حقا من حقوق النكاح عندنا حتى بقيت بها حرمة نكاح الأخت والأربع ووجبت النفقة لها.

|٦٧٥| مسألةٌ: إذا قال لامرأته: إصبعك طالق أو يدك طالق لم تطلق، ولم يكن ما أضاف إليه محلاً عندنا.

وقال الشافعي(٥) رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى: تطلق، وعلى هذا[٦] حكم العتاق والظهار، لأنه أضاف الطلاق إلى جزء مستمتع به بملك النّكاح فتصح الإضافة إليه.

دليله: الرأس[٧]، وجزء من ألف جزء، [وهذا][٨] لما ذكرنا أن[٩] المرأة

---

[١] «أ»، «ن» (محل التحريم)، وفي حاشية «أ» (المحل).
[٢] «أ»، «ن»، «ص» (بصريح).
[٣] «أ»، «ن» (ما دام) وفي حاشية «أ» (ما دامت).
(٤) انظر: «الأمّ» (٣١٩/٥)، «الحاوي» (٤٣٣/١٠).
(٥) انظر: «الأمّ» (٢٠٠/٥)، «الحاوي» (٢٤١/١٠).
[٦] «ص» (وكذلك على هذا).
[٧] «س» (الألف) والمثبت من «أ»، «ن»، «ص».
[٨] ما بين [ ] ليس في «س» والمثبت من «أ»، «ن».
[٩] «ص» (وهذا لأنّ).

إنما صارت محلا للطلاق لأنه لقطع ملك النكاح وهي المملوكة، وهذا الملك ملك استمتاع بها فكل جزء حل استمتاع الرجل به بملك النكاح كان محلاً للطلاق فتصح الإضافة إليه، كما لو أضاف إلى الكل لأنها مما لا تتجزأ في حق الطلاق فيصير ذكر البعض كذكر الكل، ولأن الطلاق بني على السراية فبحكم السراية يعم بعضه، فلا يبقى له حكم البعض كما إذا سمي جزءا من ألف جزء منها، وقد عبروا عنه فقالوا: اليد مما يسري إليها حكم الطلاق لأنها تحرّم بطلاق الكل فوجب أن يسري عنها[١] حكم الطلاق إلى غيرها[٢] قياسا على الرأس.

إلا أنا نقول: اليد ملكت بملك النكاح تبعا للجملة بدلالة[٣] أن النكاح يتم بدون اليد أصلا، ولأن النكاح يضاف إلى البدن فتكون الأطراف تبعا كما في القصاص وشراء الرقبة، وكل حكم يتعلق بالبدن كله منها النكاح، ولأن ملك النكاح ملك محلل لاقتضاء شهوة الفرج بالنساء، والمتبوع منه الجماع، ومحله الفرج وسائره من المساس والقبلة توابع لا محاله، فكانت سائر الأعضاء تبعا وإذا كانت تبعا لم تصلح أصلا لإضافة التصرف [إلى][٤] المملوك به بحكم المك في الأصل قياسا على ملك اليمين، فإن التصرفات التي تملك بملك الرقبة لا يصح إضافتها إلى الأطراف، ولا تكون الأطراف محلا لشخص آخر لم يملك، وكذلك القصاص في النفس إذا ثبت لم يملك قطع الأطراف قصدا حتى ثبت بين العبيد عندنا، ولا قصاص بينهم في الأطراف، وهذا لأنه لو صح لصار متبوعاً بنفسه فيه، والتبع في شيء لا يجوز أن يصير متبوعا من حيث هو تبع لأنهما ضدان.

[١] «أ» (عنه)، وفي حاشيتها (عنها).

[٢] «أ» (غيره).

[٣] «ص» (بدليل).

[٤] ما بين [ ] ليس في «س»، «أ»، «ن» والمثبت من «ص».

ألا ترى أنه لو باع اليد من العبد أو فسخ العقد فيها لم يصح ، وإذا لم تصح الإضافة إليها لغت فلم تسر إلى غيرها ، فإن السراية إنما تكون بعد ثبوت الأصل ، على أنا لا نسلم أن الطلاق مبناه على السراية ، بل عمومه من طريق أن المرأة لا تتجزأ في حق النكاح والطلاق ، فيكون ذكر بعض ما يصلح أصلا كذكر الكل حتى قلنا في النكاح هكذا ، فإنه إذا[١] تزوج عشرها صح النكاح في الكل ، بخلاف ملك اليمين فإنه مما يتجزأ في محله فلا يصير ذكر البعض كذكر الكل ، بل يقتصر عليه ، ونحن لم نجمع بينهما في العموم والخصوص والكل والبعض ، وإنما جمعنا بينهما في أن التبع لا يجوز أن يصير أصلاً لأنهما ضدان ، وملك اليمين والنكاح والقصاص وغيرها سواء في هذا الباب ، فإذا لم يعمل التبع عمل الأصل لم يصر شيء من الأصل مذكوراً فلا يستدعي البقية لا بالسراية ولا من حيث أنه لا يتجزأ.

ولا يلزم إذا طلق رأسها أو فرجها لأنها لم تستحق تبعاً ، على أن محمد بن الحسن ﷺ ذكر في الكتاب أن الطلاق لا يقع باعتبار حقيقة الرأس بل بمجازه وهو أنه يعبر به عن البدن كله فيقال: فلان يملك كذا كذا رأساً من الرقاب ، وقال الله تعالى: ﴿فَتَحۡرِيرُ رَقَبَةٖ﴾ [النساء: ٩٢] ، يعني مملوكا مرقوقا[٢] لا الرقبة بعينها. وقال النبي ﷺ: «لعن الله الفروج[٣] على السروج»(٤) ، أي النساء ، حتى قلنا:

---

[١] «ص» (فإذا).

[٢] «أ» (يعين مملوك مرقوق) وفي حاشية «أ» (يعني).

[٣] «س» «أ» (إذا ركب الفروج على السروج) والمثبت من «ص».

(٤) ليس لهذا الحديث أصل. قال ابن حجر: «لم أجده ، والمصنف استدل به على الفرج من الأعضاء التي يعبر بها عن جملة الشخص كالوجه والذي وجدناه من حديث ابن عباس رفعه نهى ذوات الفروج أن يركبن السروج أخرجه ابن عدي بإسناد ضعيف وليس في لفظه المقصود» الدراية في تخريج أحاديث الهداية (٢/٧١) ، وانظر: التنبيه على مشكلات الهداية (٣/١٣١٢).

إنه لو أضاف الشراء إليها صح وصار مشترياً للكل، وأما الظهر والبطن فلا رواية فيهما، والصحيح أنه[١] لا يقع لأنهما تبع في حق ملك الاستمتاع بهن، وإنما لا يتصور النكاح دونه[٢]، لأنها لا تبقى بدونهما حية لا لأنهما أصلان[٣].

* فإن قيل: هذا غلط فإنه مع إضافة الرأس إلى البدن لا يراد به البدن، وإنما يراد به ذلك العضو مطلقاً.

* قلنا: كل ذلك جائز لغة، قال الله تعالى: ﴿فَظَلَّتْ أَعْنَاقُهُمْ لَهَا خَاضِعِينَ﴾ [الشعراء: ٤] أي فظلوا خاضعين، ويقال في عادة اللسان: ذلت لي رقبتك أي أنت بنفسك، وقال الله تعالى: ﴿كُلُّ شَيْءٍ هَالِكٌ إِلَّا وَجْهَهُ﴾ [القصص: ٨٨]، يعني[٤]: إلا هو، ويقال امرئ حسن مادام رأسك بحاله أي: أنت، ويقال في المعاذير: إني لا أخاف العدم ما دام رأسك أخضر، أي: ما دمت[٥] حيّا، على أنّه إن امتنع هذا في اللغة كان خطأ من المعنى في اللغة دون حكم الشريعة، فإن الفتوى أن الطلاق لا يقع إلا بأن يضاف[٦] إلى عضو جامع، أي يجمع كل البدن في العبارة عنه على سبيل الكناية والمجاز، أو جزء شائع من الجملة فيعم البدن بحكم أنها لا تتجزأ في هذا الحكم، فيصير ذكر البعض كذكر الكل لعدم التجزؤ، كقوله: نصف تطليقة، يصير كقوله: تطليقة لعدم التجزء، ثم التخريج[٧] بعد ذلك على

[١] «أ» (أن)، وسقطت من «ص».
[٢] «أ» (بدونه)، «ص» (بدونها).
[٣] «ص» (أصلا).
[٤] «أ»، «ن» (أي).
[٥] «أ»، «ن» (مادام).
[٦] «أ» (يضيف).
[٧] «ص» (التجزء).

حسب عرف اللسان بكل بلد ، فمتى[١] جاء بلفظ يكنى به عن البدن كله في عرف بلدهم كان طلاقا صحيحا ، وإن[٢] امتنع ذلك في بلد آخر لا[٣] يكون طلاقا في ذلك البلد كالنبطي يطلق امرأته بالفارسية فتطلق ، والعربي إذا تكلم به وهو لا يدري ما هو لم تطلق ، فهذا باب لا مناقشة فيه ، وإنما الخلاف في أن ما يملك تبعا هل يصلح محلا لإضافة الطلاق إليه على حقيقته دون صيرورته[٤] عبارة عن جملة البدن ، فأما على مجازه وصيرورته عبارة عن البدن فلا إشكال أنه يقع الطلاق بذلك يدا كان أو رجلا بعدما يستقيم ذلك في اللغة أو كانت لغة لقوم يعرف لسانهم.

فالشافعي رحمه الله سوّى بين ما يستمتع بالمرأة تبعا وبين ما يكون أصلا ، فجعل البعض كالكل بحكم السراية فقال فيما لا يسري كالنكاح: أنه لا يجوز حتى يذكر الكل(٥) ، وأبى ذلك علماؤنا فقالوا فيما هو أصل: إن ذكر بعضه كذكر كله بحكم أنه لا يتجزأ لا بحكم السراية ، فسووا بين ما يسري وما لا يسري كملك النكاح ، والأصل المرأة كلها وبعض الأصل جزء شائع منها ، فأما عضو معين على حقيقته فهو غير الجملة ، ولا ينطلق عليه اسم الجملة حتى يكون أعضاء ركب بعضها على بعض ، فيزول اسم الجملة بزوال بعض التركيب الذي لا بد منه ليكون صورة أطلق عليها الاسم ، فتصير تسمية العضو على حقيقته كتسمية غير المرأة ، وقد حققنا هذا في مسألة أن الواحدة غير الثلاث في باب الشهادة ، والبعض غير الكل

---

[١] «ص» ، «ن» (فمن).

[٢] «أ» (فإن).

[٣] «أ» ، «ن» (ولا).

[٤] «أ» (ضرورته) ، وفي حاشية «أ» (صيرورته).

(٥) انظر: «الحاوي الكبير» (١٠/٢٤١ ـ ٢٤٢).

تسمية، فلا يعمل إلا أن يصير بمجازه عبارة عنها أو إضمارا فيها، كقول النبي ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى ترد»(١) يعني صاحبها وقوله ﷻ: ﴿وَسْـَٔلِ ٱلْقَرْيَةَ﴾ [يوسف: ٨٢] أي أهلها، وعندنا متى قال الزوج: أردت الإضمار طلقت، وإنما الكلام من حيث حقيقته ثمة.

ولأنّه [لا][٢] يجوز أن تكون اليد عبارة عن الكل مقرونا بالأخذ[٣] لأن الأخذ باليد يكون ولا يكون كذلك مقرونا بالطلاق، وإنّه باب بني على عرف اللسان.

❊ فإن قيل: الطلاق لا يحل اليد إلا بحلوله في الكل، فيقتضي الكل ضرورة لصحته كما إذا قال لآخر: أعتق عبدك عني بألف[٤] فأعتقه صح عن الآمر على اقتضاء الشراء أولا، لأنّه[٥] لا يصح إلا بتقدمه عليه.

❊ قلنا: فكان يجب أن يصح بيع اليد من هذا الطريق فإن البيع مما يثبت بالاقتضاء كما في مسألة العتاق بألف، والله أعلم بالصواب.

وكذلك النّكاح كان يثبت به لو كان من هذا الطريق، فإن البيع يثبت أولا مقتضى للعتق عنه، وأجمعوا أن إضافة البيع إلى اليد فاسد ولا يتضمن بيع الجملة

---

(١) رواه أبو داود (٣٥٦١)، والترمذي رقم (١٢٦٦) بلفظ: «حتى تؤدِّيَ»، وقال: «هذا حديث حسن»، والنسائي في الكبرى (٥٧٥١)، وابن ماجة رقم (٢٤٠٠)، والحاكم في المستدرك: (٢/ ٥٥، رقم: ٢٣٠٢)، وقال: «هذا حديث صحيح الإسناد على شرط البخاري ولم يخرجاه».

[٢] ما بين [ ] ليس في «س»، «أ» والمثبت من «ص»، «ن».

[٣] «أ» (لأخذ).

[٤] «ص» (بألف درهم).

[٥] «أ»، «ن» (أو لأنّه).

ليصير اليد مبيعة. وهذا لأن المقدمة إنما تثبت مقتضئ بمؤخرة صرحوا بها إذا كانت المقدمة شرطا لما صرح به ليكون هذا المنصوص عليه ثابتا بنفسه أصلا، والمقدمة ثابتة شرطا فيكون تبعا، فأما على وجه تكون المقدمة أصلا والمؤخرة تبعا له فلا على ما بينا في مسألة الإعتاق.

ونظيره فيما إذا قال لعبده كفر يمينك بهذا العبد لايعتق، وكذلك ثبوت الاسم اقتضاء في توجيه خطاب الشرائع.

|٦٧٦| **مسألةٌ**: ومن نظيرها: إذا قال لامرأته: إن دخلت الدار فأنت طالق ثلاثا ثم طلقها ثلاثا ثم عادت إليه بعد زوج ثم دخلت الدار لم تطلق عندنا.

وقال زفر رحمه الله تطلق.

وكذلك إذا قال لأمته: إن دخلت الدار فأنت حرة ثم أعتقها ثم ارتدت ولحقت بدار الحرب[١] ثم سبيت ثم ملكها الحالف ثم دخلت الدار لم تعتق.

وقال زفر رَحِمَهُ اللهُ تَعَالى تعتق، لأن اليمين بالطلاق قد صحت، واليمين إذا صحت حنث الحالف بوجود شرط الحنث ولزمه الطلاق إذا كانت المرأة محلا للطلاق إرسالا.

دليله: إذا طلقها واحدة ثم عادت إليه ثم دخلت[٢] حنث وكذلك العتق، ولأن الطلاق تحريم تختص صحته بملك النكاح كالظهار، ثم أجمعنا أنه لو حلف بالظهار لم تبطل بأن طلقها ثلاثا، فكذلك الحلف بالطلاق، ولا معنى

[١] «أ»، «ن» (بالدار)، وفي حاشية «أ» (بدار الحرب).

[٢] في «أ»: (دخل).

لقولكم إنه[١] عجل بالإرسال ما علق بالشرط لأن المعلق بالشرط لازم لا يقدر الحالف على تعجيله أو رفع تلك المعلقة بوجه.

ألا ترى أنّه لو علق به طلاقا ثم علق بشرط آخر طلاقا كان الثاني غير الأول، ولأن المعلق بالشرط ليس بطلاق بعد مالم يحل بالمرأة بالحنث على ما يعرف في مسألة الطلاق قبل النكاح، وهذا الذي أرسله طلاق فلم يجز أن يكون هذا غير ذلك وهما غيران حكما.

وكذلك لو طلقها واحدة أو اثنتين ثم عادت إليه بعد زوج آخر ثم دخلت طلقت ثلاثا، ولو كان الإيقاع إيقاعا لما تعلق به ما وقع مع الشرط إلا واحدة.

فأما علماؤنا فإنهم احتجوا بما قد احتج[٢] محمد بن الحسن ﷺ بأنه لما طلقها ثلاثا فقد ذهب طلاق ذلك الملك كله.

وتفسيره: أن اليمين بالطلاق لا تصح إلا أن يكون الملك قائما أو يكون مضافا إلى ملك، فإن من قال لامرأة لا يملكها: إن دخلت الدار فأنت طالق ثم ملكها ثم دخلت الدار، لم تطلق ولم يصح اليمين إلا أن يضيف إلى ملك فيقول: إن ملكتك فأنت طالق.

ثم في مسألتنا هذه اليمين غير مضافة إلى ملك فثبت أنها صحت للملك القائم، وبالملك[٣] القائم لا يملك إلا ثلاثا، فتكون الثلاث كل طلاق هذا الملك، والكل من كل شيء لا يتصور تعدده[٤] فإنه متى تعدد كان العدد الأول

[١] «ص» (بأنّه).

[٢] «أ» (وأمّا علماؤنا فقد احتج) وفي حاشية «أ» (فإنهم احتجوا بما احتج محمد).

[٣] «ص» (والملك).

[٤] «أ» (بعدده).

بعض العدد لا كله، وإذا لم تتعدد الثلاث المملوكة له بالملك كانت الثلاث المرسلة والتي علقها بالشرط واحدا، وكذلك[١] العتاق وإذا كانت واحدة فحين طلقها ثلاثا فقد ذهبت تلك التي علقت بالشرط، فلا يبقى مع الشرط شيء ضرورة، لأن الشيء الواحد لا يتصور وجوده في مكانين، وكذلك الموقع من التصرف لا يتصور وجوده في زمانين وإذا لم يبق الجزاء مع الشرط بطلت اليمين كما تبطل بالحنث وبوجود الشرط فإن المعلقة لا تكون إلا بجزاء وشرط فمتى وجد الشرط لا تبقى اليمين لزمه الطلاق أو[٢] لا بأن كانت في غير ملك الحالف ودخلت الدار، فكذلك إذا أوقع الجزاء بعينه لم تبق اليمين سواء وقع بحكم الحنث أم بسبب آخر.

وهذا كما لو قال لعبده: أنت حر إن أكلت ثم قال: أنت حر إن شربت فإن ذلك العتاق بعينه يتعلق بالشرب، حتى إذا شرب عتق وبطلت اليمين الأولى، لأن العتاق واحد، فأما إذا قال لامرأته إن أكلت فأنت طالق ثم قال: إن شربت فأنت طالق، كان الثاني غير الأول، لأن له عليها طلاقين وقد ذكر ذلك على سبيل التنكير، فكان الثاني غير الأول، حتى لو قال: أنت طالق إن أكلت أو شربت فشربت طلقت، ولا يبقى مع الأكل طلاق لأنه لم يذكر للشرب جزاء على حدة فصار جزاؤه عين جزاء الأكل فإذا وجد مع الشرب لم يبق مع الأكل[٣] شيء.

ثم قال محمد ﷺ: أرأيت لو قال لها: أنت طالق كل يوم ثلاثا فطلقت ثلاثا ثم عادت بعد زوج أكانت[٤] تطلق ثلاثا يعني أيصح إرسال ألف تطليقة مؤجلة

---

[١] في «أ»: (وذكر)، وفي حاشية «أ» (وكذلك).

[٢] في «أ»: (لىتم) بلا نقط.

[٣] «أ» (الكل).

[٤] «أ»، «ن» (أكان).

بحكم الملك القائم ما[١] يصح إلا ثلاثا كما لو أرسل حالة ألف تطليقة لم يصح إلا ثلاثا فكذلك المؤجل لأن الطلاق المؤجل إلىٰ شهر لا يصح إلا بملك قائم للحال، كالذي ليس بمؤجل وإذا ثبت أنه لا يصح مؤجلا إلا الثلاث المملوكة له حالة لم يصح التعليق بالشرط غير ثلاث أيضا، لأن اليمين بالطلاق لا يصح متىٰ لم يضف إلىٰ ملك جديد إلا بما يصح إرساله.

فإن قال قائل عن زفر ﵀: كل ذلك يصح من الزوج إيجابا إرسالا كان أو تعليقا إلا أنها لا تنفذ إلا في ملك النكاح وإنه يزول بالثلاث أصلا فيلغو البقية لفوات ملك المحل كما لو علق بالشرط[٢] ثلاثا ثم أبانها وانقضت عدتها ثم وجد الشرط لم يقع شيء، وخلافنا فيما إذا وجد الشرط أو حل الأجل وهي في ملكه، ولو كان الرجل لا يملك إيجاب الألف لما وقعت الثلاث بالألف عند أبي حنيفة ﵀ كالمرأة إذا فوض إليها زوجها تطليقة فطلقت نفسها ثلاثا لم تقع الواحدة، لأنها لا تملك إلا بقدر ما فوض إليها فلم تملك إيجاب الثلاث فلم تصح الواحدة في ضمنها عنده، هذا هو سر المسألة.

❁ قلنا: الزوج يملك إيجاب ألف تطليقة وأكثر من حيث هو المالك لها في الأصل، ولكن بحكم عدم المحل يفسد، لأن الشيء لا يصح إضافته إلىٰ غير محله.

ألا ترىٰ لو أضاف إلىٰ أتان[٣] فسد، وكما[٤] لو أضاف البيع إلىٰ الحر، وإذا كان الفساد بحكم معارضة المحل يقدر بقدر المعارضة فيلغو بقدر ما يتقدم

[١] «ص» (لا).
[٢] «ص» (الشرط).
[٣] في «أ»: (ثان) بلا نقط.
[٤] «ص» (وهذا كما).

المحل والمرأة محل الثلاث لا غير فيلغو ما وراءها ويصح بقدر الثلاث، والكلام فيما وراء الثلاث وليس هذا على أصل أبي حنيفة ﷺ، كالمرأة[١] تطلق نفسها ثلاثا وقد فوّض إليها الواحدة لأن الإيقاع منها إنما يصح بحكم[٢] موافقة التفويض فإذا جاءت بخلاف ذلك لغا منها ذلك الإيجاب فإذا لم يصح من قبل المتكلم لم يثبت أصله فلا يثبت ما في ضمنه على ما بينا ثمة[٣].

❁ فإن قيل: المرأة محل ألف تطليقة إلا أنها لا[٤] تنفذ إلا بتجدد الملك، وقد يطلق الرجل امرأة واحدة ألف تطليقة [وأكثر][٥] على اختلاف الملك فيها وكذلك العتق، وهذه هي الشبهة الأخرى، وإليها مآل المسألة فالأولى[٦] لا تستغني عن هذه الطريقة التي هي جواب الشبهة، وهذه تستغني عن الأولى[٧]، غير أنا بدأنا بالأولى لأنها أظهر، ولأن صاحب المذهب بدأ بها، وهذه نهاية الأمر.

والجواب: وهي الطريقة أنّ الثلاث التطليقات[٨] حكمها تحريم مثل تحريم اللبن والنسب على ما عرف، إلا أنها إلى غاية وحرمة النسب مؤبدة، وهي[٩] توجب حرمة تضاد الحل الذي به تقبل المرأة ملك المتعة بسببه لا حرمة تكون

---

[١] «ص» (فالمرأة).

[٢] في حاشية «أ»: (على).

[٣] «ن»، «ص» (في تلك المسألة).

[٤] «أ»، «ن» (لم).

[٥] ما بين [ ] ليس في «س»، «أ» والمثبت من «ص».

[٦] «أ»، «ن» (والأولى)، «ص» (فالأول).

[٧] «ص» (الأول).

[٨] في «أ» (التطليقات الثلاث).

[٩] «ص»، «أ» (فهي).

بسبب زوال الملك وإذا كان حكم الثلاث هذا كان محلها امرأة تتصف بالحل القابل للعقد ليمكن إزالته بها كالبيع محله عين هو مال لأن حكمه تمليك المال، فلا بد من قيام صفة المالية في محله ليكون محلا له، وإذا كانت المرأة بصفة الحل[١] تصير محلا للثلاث، وبجميع[٢] أسباب التحريم خرجت عن المحلية بزوال صفة الحل كما يخرج العبد عن محلية البيع بزوال المالية بالعتق، وبالثلاث يزول الحل كما يزول بالرضاع لم تكن محلا لما وراء الثلاث فتصير الإضافة إليها إرسالا أو[٣] تعليقا[٤] كالإضافة إلى جماد فلا يصح، وإنما يصح إليها إضافة الثلاث لقيام[٥] صفة الحل فيها مالم تستوف الثلاث، فأما[٦] ملك النكاح فشرط النفوذ كما قاله زفر ﷺ، وإذا لم تصح الا الثلاث، وتلك الثلاث هي التي أوقعت صح ما قلناه[٧].

وكذلك العبد إنما يكون محلا للعتق بصفة الرق وذلك يزول بالعتق[٨]، والواحد لم يكن محلا لعتقين، ولمعنى آخر وهو أن المرأة بالثلاث إذا خرجت عن محلية طلاقه لم يبق اليمين لفوات محلّ الجزاء كما لو ماتت المرأة أو حرمت بالرضاع[٩] وكما لو فات محلية الشرط نحو أن يقول: إن كلمت فلانا فأنت طالق

[١] في «أ»: (المحل).
[٢] «ص» (وتجمع).
[٣] «ص»، «ن» (لا).
[٤] «أ»، «ن» (تطليقا)، وفي حاشية «أ» (تعليقا).
[٥] «ص» (بقيام).
[٦] «أ»، «ن» (وإنما).
[٧] «أ»، «ن» (ما قلنا).
[٨] في «أ»: (بالواحد).
[٩] «ص» (بالرضاعة).

فمات فلان بطل اليمين أو إن دخلت هذه الدار فعلي كذا فجعلت الدار بستانا انحلت اليمين لفوات دخول الدار بفوات[١] محل الدخول فإنها لا تصير دارا إلا بسبب جديد، وإذا انحلت اليمين لا إلى حنث لم تعد أبدا إلا بعقد جديد.

❁ فإن قيل: إن المرأة أبدا تكون[٢] حلالا في الجملة [إن لم تكن له فلغيره، ومحل طلاق في الجملة][٣] ولكن لا ينفذ إلا من الذي حرمت عليه لعدم الملك له.

❁ قلنا: الخلاف في العتق ثابت على ما ذكرنا، وبعدما يعتق لا يبقى محلا للعتق لا لعتقه ولا لعتق أحد غيره[٤]، وهذا لأن المرأة متى كانت محلا بالحل وصارت من المحرمات في حق هذا لم تبق محلا في حقه وإن كانت محلا في حق غيره[٥] كالكلب محل البيع عندنا وليس بمحل البيع عندك، ومتروك التسمية عمدا محل عندك للبيع وليس بمحل عندنا حتى لا يصح إضافة البيع منا إليه.

❁ فإن قيل: الحل أصله لا يفوت بالتطليقات الثلاث بل إلى غاية وهو وطء الزوج الثاني على ما قاله الله تعالى[٦] ثم بعد الغاية تكون حلالا بالمعنى الذي كانت تحل قبل الثلاث لا بسبب جديد، وإذا كان كذلك لم تخرج عن المحلية إلا بحرمة مؤبدة [كحرمة الرضاع][٧].

---

[١] «أ» (لفوات).
[٢] «ص» زيادة: (لا).
[٣] ما بين [ ] ليس في «س»، «أ» والمثبت من «أ»، «ن».
[٤] «أ» (لعتق آخر)، في «أ» (لعتق أحد وغير) ثم بعدها (هذا) وليس (وهذا).
[٥] «ص» (كالأم والأخت فكانت الإضافة منه إليها لغوا).
[٦] «أ» (على ما نص).
[٧] ما بين [ ] ليس في «س»، «أ» والمثبت من «ص»، «ن».

۞ قلنا: هذا المعنىٰ معدوم في العتق فإن الرق لا يعود إلا بسبب جديد ومع ذلك الخلاف فيه قائم فثبت أن زفر رَحِمَهُ ٱللَّهُ تَعَالَىٰ قاله لمعنىٰ آخر.

ثم الجواب أن الموصوف بالحل والحرمة شخصها لقوله تعالىٰ[١]: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ﴾ [النساء: ٢٣] ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ﴾ [البقرة: ٢٣٠] وهما صفتان متضادتان لا تثبت إحداهما إلا بزوال الأخرىٰ كالبياض والسواد، والحياة والممات، والقيام والقعود، ما يجتمع[٢] ضدان في محل واحد، فمتىٰ اتصفت بالحرمة[٣] بالتطليقات الثلاث سقطت صفة الحل أصلا فلم تبق محلا، إلا أن حكم الثلاث إذا انتهىٰ[٤] حلت بكونها من بنات آدم بلا عارض محرم فيكون حلا مبتدأ بها كالرجل يؤجر داره شهرا فتنقضي المدة فيملك المنافع بعدها بسبب ملك الدار للحال بلا عارض يوجب الاستحقاق عليه.

وليس الطلاق كالظهار، فإن الظهار المملوك للزوج بملك النكاح غير مقدر [حتىٰ][٥] لو ظاهر منها ألفا وزيادة صح، وإذا كان كذلك كان الظهار المرسل غير المعلق كما لو علق طلاقا بشرط ثم أرسل طلاقا كانا غيرين، والمرأة كانت محلا للظهار إذ[٦] كانت تحل له بحال، ولا تبطل المحلية إلا بتحريم مؤبد لأن عمله علىٰ حقيقته إن[٧] صح تحريم مؤبد لأنه شبهها بحرمة[٨] علىٰ التأبيد ولا

---

[١] «ص» (علىٰ ما نص الله ﷻ).
[٢] في «أ»: (يجمع).
[٣] «ص» (انقضت الحرمة).
[٤] «ص» (انتفىٰ).
[٥] ما بين [ ] ليس في «س»، «أ» والمثبت من «ص».
[٦] «ص» (إذا).
[٧] «ص» (لو).
[٨] في «أ»: (بمحرمة).

يصح ظهار إلا كذلك، فمتىٰ كانت تحل له في الأبد بحال كانت محلا لهذا التحريم المبتغىٰ[١] منها، وأما في الشرع فحكم الظهار تحريم الوطء علىٰ الزوج، وإن كانت حلالا مملوكة بالنكاح في نفسها، وإذا كان الحكم حرمه علىٰ الرجل لا بمعنىٰ فيها لم تجعل المرأة تتجدد بسبب الحل فيها واعتراض الحرمة كشخص آخر لأنها واحدة في الحقيقة، وإنما جعلناها كالفائتة بفوات الحل إذا وجب اعتبار هذا المعنىٰ فيها[٢] لحكم ذلك التصرف، فأما إذا لم يجب اعتبار هذا المعنىٰ لإثبات الحرمة المبتغىٰ بالتصرف والحل بقيت العبرة لذاتها وهي تلك بعينها، وإن تجدد الحل فلا تفوت المحلية بحرمة الظهار إلا بفوتها أو بفوات[٣] الحل أبدا.

ولا يلزم إذا طلقها واحدة ثم عادت إليه بعد زوج ثم دخلت الدار فإنها تطلق ثلاثا آخر، وهذه الرابعة لم تكن في ذلك الملك ودخلت تحت اليمين لأن الداخلة تحت اليمين ثلاث كن في ملكه إلا أن اليمين لم تبطل بوجود بعض الجزاء قبل الشرط كما لا تبطل[٤] بوجود بعض شرط الحنث، وكما لم يبطل شيء من العقد لأن اليمين تنحل بفوات الجزاء حسب ثبوت الحكم بالعلة، إذ ليست هاهنا مقابلة وتوزيع[٥] بين الانحلال وبين الجزاء كالثمن بالمثمن لينحل علىٰ التوزع، وكذلك بوجود الشرط وثبوت الحكم لا يتوزع علىٰ ثبوت أجزاء العلة، بل مالم تكمل العلة لم يثبت شيء من الجزاء[٦]، وإذا بقيت اليمين كلها

---

[١] «أ» (ثم المبتغىٰ).

[٢] «أ» (منها).

[٣] «أ» (فوت).

[٤] «ص» (لا يتصور).

[٥] «ص» (وترفع).

[٦] «ص» (من الحكم فكذا الجزاء مالم يفت كله لم يخل شيء من اليمين).

وحكمها الثلاث[١] عند وجود الشرط عملت عملها إذا كان في ملك الحالف ثلاثا، سواء كن في ملكه عند اليمين أو حدث الملك من بعد، لأن دخول الحادث بحكم[٢] بقاء عقد صح في الملك لا بعقد مبتدأ، والملك إنما يشترط للصحة حين انعقاد التصرف أو نفاذه لما علم لا حين البقاء، لأنه لا عمل حال البقاء وإنما يشترط حال البقاء قيام محل الحل[٣]، فإن الشيء كما لا يثبت في غير محله لا يبقى[٤] في غير محله أيضا، والمحل المرأة بصفة الحلالية وهي بصفتها باقية بعد الطلاق الواحد فبقي العقد.

ومثاله اليمين بالطلاق أو العتاق يبقى بعد زوال الملك، ويعمل إذا عاد الملك وإن كان لا يصح في غير الملك إذا لم يضف إلى ملك وكذلك[٥] لا يعمل إذا حنث حال عدم الملك، فملك الثالثة لتقع باليمين كملك[٦] النكاح ليقع أصل الطلاق، وكذلك قالوا في المضارب على ألف[٧] إذا هلك المال إلا درهما[٨] ثم تصرف فربح حتى زاد على الألف قسم الربح نصفين[٩] بعد الألف كأنها لم تهلك وربح فيها، لأن شيئا من عقد المضاربة لم ينفسخ بهلاك بعض المال لأنه عقد لإيجاب الشركة في الربح الخارج من عمله في مال رب المال لا لمبادلة بين

---

[١] «ص» (وقوع الثلاث).
[٢] في «أ»: (لحكم).
[٣] «أ»، «ن» (المحل).
[٤] «أ»، «ن» (لم يبق).
[٥] «أ» (وذلك).
[٦] «أ» (ملك).
[٧] «ص» (درهم).
[٨] «أ» (درهم).
[٩] «أ» (نصفان) وفي حاشية «أ» (نصفين).

رأس المال والعمل فلم يفت المعقود عليه بهلاك بعض المال ، لأن الربح الخارج من عمله في ماله موهوم مالم يهلك كل المال ، والعقد عقد لتحصيله فبقي ما بقي شيء من المال مع عمله ، وكان فساد العقد بهلاك المال بمنزلة الحكم من العلة على ما بيّنا ، ولما بقي العقد كله أوجب موجبه إذا صادف محله حين القسمة وهو شركة الربح بعد الألف ، وإن حدث ملك أكثر الألف ، لأنه يدخل تحت حكم العقد ضرورة بقائه على الصحة لا قصدا ولم يعتبر للبقاء على الألف شرط الابتداء[١] ولا شرط عمل العقد حال القسمة.

وكذلك النصاب لا ينعقد سببا لإيجاب الزكاة مالم يتم ، وكذلك لا يوجب الزكاة عند الحول مالم يكن تاما لأنهما حالا عمل السبب انعقادا ابتداء وإيجابا انتهاء ، ويبقى منعقدا على البعض في أثناء الحول ، وتجب الزكاة بملك مبتدأ فيه وإن لم يتم الحول عليه لأنه لا يجب قصدا ، ولكن بحكم بقاء الأول منعقدا على الصحة وبمثله لو كان النصاب خمسا من الإبل فجعلها علوفة بطل الحول حتى إذا جعلها سائمة لم تجب الزكاة إلا بحول مبتدأ لأن هذا القدر من المال إنما[٢] يكون سببا للزكاة إذا كان للنماء على ما عرف ، فإذا بطل الوصف في الكل[٣] لم يبق محل السبب كما لو هلك المال كله ، فكذلك صفة الحل في مسألتنا هذه للمرأة بمنزلة السوم للإبل في أنها لا تصلح محلا لليمين بالثلاث إلا بصفة الحل ، فيكون فوات هذا الوصف منها كفواتها بنفسها فلا تبقى اليمين ، وفوت شيء من عدد الطلاق مع بقاء صفة الحل لها كفوت عدد من النصاب مع بقاء صفة السوم وكهلاك شيء من مال المضاربة مع بقاء الأمر واليد على المال.

---

[١] «ص» (شرط شرط للابتداء).

[٢] «أ» (لا) ، وفي حاشية «أ» (إنما) ، ولعل المقصود أنها زيادة فتكون (إنما لا).

[٣] «ص» (الإبل).

فأمّا قوله: إنّ اليمين لازم لا يملك الحالف فسخه فتعم قصدا، ولكن ما حلف به من الطلاق لا يخرج عن ملكه باليمين[١] مالم يحنث فلا يمتنع تصرفه فيه، فإذا أوقعها وقع فينحل اليمين حكما لفوات المعقود عليه، وهذا كعقد النكاح لازم لا يملك[٢] المولىٰ فسخه ولا قطعه إذا زوج أمته ولو قبلها بطل العقد، وكذلك البيع والوكالة لازمة حال غيبة الوكيل لا يملك الآمر عزله بغير علمه، ولو أعتق ذلك العبد انعزل الوكيل بلا علم، ولو[٣] حلف لا يدخل هذه الدار فهدم الدار وجعلها بستانا انحلت اليمين حكما لفوات الشروط[٤].

ولا يلزم إذا استولد أمة فأعتقها ثم ارتدت ثم سبيت وعادت إلىٰ الأول فإنها تعود أم ولد له لأن العتق حين وقع بطل التعليق[٥] بالموت، وبالملك ثانيا لا يعود ذلك الذي بطل ولكن يتعلق بالموت عتق آخر بسبب جديد له وهو قيام نسب الولد للحال كما لو[٦] استولدها بنكاح فإنها لا تصير أم ولد، فإن ملكها صارت أم ولد الآن لقيام السبب للحال، والله أعلم.

[٦٧٧] مسألةٌ: إذا قال لامرأته: إن دخلت هاتين[٧] الدارين فأنت طالق، فأبانها وانقضت عدتها فدخلت إحدىٰ الدارين ثم تزوجها فدخلت الأخرىٰ

[١] «أ» (ملك اليمين)، وفي حاشية «أ» (مكله باليمين).
[٢] «أ» (يقبل)، في «أ» كالمثبت.
[٣] «أ»، «ص» (أو)، في «أ» (لو) بلا واو.
[٤] «أ» (لفوت الشرط)، «ص» (لفوات الشروط).
[٥] «ص» (المعلق).
[٦] «أ» (إذا).
[٧] «س» (هذين).

طلقت باليمين.

وقال زفر رحمه الله: لا تطلق لأن أحد الشرطين وجد في غير ملك فلا يعمل قياسا على ما إذا وجد الشرط الأخير في غير ملك.

إلا أنا نقول: كونها منكوحة شرط نفوذ التصرف من الزوج على ما قلنا، فيعتبر حال اليمين بالطلاق وحال حلول الطلاق لا غير لأن ما بينهما لا تصرف منه بالطلاق فلا يعتبر شرط نفاذه، وحال وجود الشرط الأول جاز[1] بقاء اليمين لا غير لأن بعض الطلاق لا ينحل ببعض الشرط، وإنما ينحل جملة إذا كمل فيعتبر الشرط وهو الملك حال كماله، فزفر رحمه الله اعتبر الظاهر في المسألتين جميعا، فإنه صاحب القياس الظاهر، والله أعلم.

[٦٧٨] مسألةٌ: إذا قال لامرأة أجنبية: إن تزوجتك فأنت طالق، أو كل امرأة أتزوجها فهي طالق، أو كلّما تزوجت امرأة فهي طالق، أو حلف بالعتق بمثله صح اليمين، فكل[2] ما يتعلق بالحظر صح قبل الملك[3] وسببه[4] إذا أضيف إلى الملك عندنا.

وقال الشافعي(٥) رحمه الله: لا يصح سوى النذر وعلى هذا الاختلاف؛ فالظهار[6].

[١] في «أ»: (حال).
[٢] «ص»، «ن» (بكل).
[٣] «ص»، «ن» (بكل).
[٤] في «أ»: (ويسببه).
(٥) انظر: «الأمّ» (١٤٥/٧)، و«الحاوي الكبير» (٢٥/١٠).
[٦] «س»، «أ»، «ن» (سوى النذر والظهار)، والمثبت من «ص».

وإمامنا عبد الله بن مسعود ﷺ، وكذلك محمد بن الحسن ﷺ روى عن عمر ﷺ ذلك في الظهار المعلق بالنكاح، والخلاف فيهما واحد.

وقال ابن أبي ليلى ﷺ: إن عمّ بطل[1] وإن خص صح.

وأمّا إذا قال لأمته[2]: كل ولد تلدينه فهو حر، فقد اختلف أصحاب الشافعي ﷺ فيه منهم من صحّح ومنهم من أبطل(٣).

وكذلك إذا قال: إن ملكت هذا العبد فللّه عليَّ أن أعتقه اختلف فيه أصحابه(٤).

واحتجوا فيه: بما روى عن النبي ﷺ أنّه قال: «**لا طلاق قبل النكاح**»(٥)، وعن عبد الله بن عمرو بن العاص ﷺ أنه خطب امرأة فأبوا أن يزوجوها إلا بزيادة صداق، فقال: إن تزوجتها فهي طالق ثلاثا، فبلغ ذلك رسول الله ﷺ فقال: «**لا طلاق قبل النكاح**»(٦).

فهذا نصّ في الباب يقطع التأويلات، ولأنّ ملك النكاح معدوم أصلا عند

---

[١] «ص» (لم يصح).

[٢] «ص» (لامرأته).

(٣) انظر: «نهاية المطلب» (١٩/٢٤٩).

(٤) انظر: «الحاوي الكبير» (١٠/٢٨)، «روضة الطالبين» (٨/٦٨).

(٥) رواه ابن ماجه في سننه في الطلاق (٣/٢٠٣/ برقم: ٢٠٤٩) من طريق عن جويبر عن الضحاك عن النزال بن سبرة عن علي مرفوعًا: «لا طلاق قبل النكاح»، والطبراني في المعجم الصغير (٢٥٨) من طريق يحيى بن محمد الجاري حدثنا أبو شاكر عبد الله بن خالد بن سعيد بن أبي مريم عن أبيه عن سعيد بن عبد الرحمن بن رقيش الأنصاري أنه سمع خاله عبد الله بن أبي أحمد بن جحش، يقول قال علي فذكره بنحوه مرفوعًا، وقال الهيثمي في معجم الزوائد (٤/٦١٥): «رواه الطبراني في "الصغير" ورجاله ثقات».

(٦) سبق قريبا بنحوه، ولم أجده من حديث عبد الله بن عمرو ﷺ.

اليمين ، فلا يصح يمينا بالطلاق قياسا على ما لو قال لها: إن دخلت الدار فأنت طالق وهي أجنبية ثم تزوجها ثم دخلت الدار فإنها لا تطلق لعدم الملك عند اليمين ، ألا ترىٰ لو قال لها ذلك بعد الملك صحت[١] ، وهذا لما ذكرنا أن كونها منكوحة شرط لنفاذ طلاق الرجل فيها ، والعقد على الطلاق ينعقد باليمين ويحل بالحنث ، فيعتبر قيام الملك في الطرفين جميعا لأنه تصرف بالطلاق انعقادا عند اليمين ، وحلولا بها عند الحنث ، ولأن اليمين تعليق طلاق بالشرط فيكون الشرط مانعا من وقوعه لو أرسل فيصح لكونه مانعا ، وهذا طلاق لو أرسله لم يصح فلا يكون الشرط مانعا من وقوعه لو أرسل فيصح لكونه مانعا ، وهذا طلاق لو أرسله لم يصح فلا يكون الشرط مانعا شيئا فلا يصح ولا يصير يمينا ولا يلزمه شيء بوجود الشرط لما لم يكن مانعا.

ألا ترىٰ أن الصبي لما لم يصح منه أصل الإرسال لم يصح التعليق منه ، ولأن الطلاق تصرف يختص بالملك فالتكلم به قبل الملك يلغو كالبيع[٢] قبل الملك لا ينفذ[٣] بحدوث الملك بعده ، وكذلك جميع التصرفات المختصة بالملك ، لأن الملك علة لصحته أو شرط ، والحكم لا يثبت قبل العلة ولا قبل الشرط.

ألا ترىٰ أنه لما[٤] اختص بحال البلوغ لغا قبله ، وإذا لغا في نفسه تكلما به لم يصر الحلف به يمينا كالحلف بما لا يكون حلفا من طلاق بهيمة[٥] ونحوها.

[١] «أ» (صحيح).

[٢] «ص» ، «ن» (دليله).

[٣] «ص» ، «ن» (لا ينعقد).

[٤] «ص» (لو).

[٥] «أ» (البهيمة).

ولا يلزم إذا قال: إن[١] ملكت عبدا فلله علي أن أعتقه، لأنه لو أرسله فقال: لله علي عتق عبد صح لأنه تصرف على ذمته وهي مملوكة له لا على العبد بالعتق، فإنه قط لا يعتق إلا بإعتاق[٢] مبتدأ، فأما إذا عين[٣] العبد والمسألة بحالها فمن مشايخهم من يقول: لا يصح لأن تعيينه للعتق ضرب تصرف يحل[٤] العبد حتى لم يتأذ النذر بغيره فلم يصح قبل الملك أيضا، ومنهم من صححه[٥] لأن العتاق لا يحل العبد إلا بإعتاق[٦] مبتدأ والملك شرط للإعتاق وإنما الذي يحل بالشرط في هذه المسألة عتق يلزم ذمته، والذمة مملوكة له فملك التصرف عليها.

ولهذا قال الشافعي(٧) رحمه الله: إن من استولد أمة بنكاح ثم ملكها لم تصر أم ولد له، لأن السبب هو الاستيلاد وقد وجد في غير الملك، فلم ينعقد سببا للعتق في الملك كاليمين بالعتق المضاف إلى ملك وليس هذا كالمضاربة فإنها سبب[٨] لإيجاب الملك في الربح، والربح معدوم لأن المضاربة تنعقد على العمل في المال القائم، وبعض الربح يجب حقا له[٩] على عمله كما يجب للعامل في مال الصدقات فيجري مجرى ثمرات العمل الداخل تحت العقد، كثمرة الشجرة تملك بملك الشجرة القائمة عند العقد ولهذا تصح المضاربة بالنصف من غير ذكر الملك

---

[١] «أ»، «ن» (إذا).

[٢] «أ» (بالاعتاق).

[٣] «أ» (عتق).

[٤] «أ» (على).

[٥] زاد في «أ»: (وسلم).

[٦] «أ» (بالاعتاق).

(٧) انظر: «الحاوي الكبير» (٦/٥٧)، «التهذيب في فقه الإمام الشافعي» (٥/٣٠٦).

[٨] «أ»، «ن» (تنعقد سببا).

[٩] «ص» (جعالة).

وكذلك الوصية بثلث المال تصح وإن عدم المال لأنه تصرف على نفسه لإثبات[١] خليفة لنفسه في بعض ماله بمنزلة عقد الولاء، ثم ملك المال يجري مجرى ثمرات هذا العقد من وجه لا أن يكون بمنزلة الهبة والتمليك المبتدأ، ولهذا صحت[٢] الوصية بلا ذكر الملك عند الموت الذي عنده يقع الملك.

ولا يلزم إذا قال لامرأته وهي حائض: إن طهرت فأنت طالق، فإنه يكون طلاق سنة[٣]، ولا يملك الإرسال سنة لأنه يملك الطلاق للحال إرسالا، فيصير الشرط مانعا فيصح يمينا، والوقت لا يعتبر لليمين وإنما يعتبر للوقوع والوقوع بعد الحنث فلذلك لم يعتبر المعلق بالمرسل في حق الوقت، فأما في حق الملك فهما سواء لأنه شرط لصحة التكلم بالطلاق تعليقا كان أو[٤] إيقاعا.

ألا ترى أنه لو قال لها: أنت طالق للسنة صح مرسلا كذلك لما تأجل الوقوع إلى الطهر، وليس هذا نظير تعليق الله تعالى وجوب الزكاة بملك النصاب أو عتق الأب بملكه، لأن ملك الأب علة العتق لا شرطه، وكذلك ملك النصاب، وللشرع ولاية أن يجعل ما يشاء عللا للأحكام أو شروطا للعلل، وأما العبد فما له هذه الولاية إلا بقدر ما أذن له، وإنما هذه الشروط مذكورة موانع عن الأجزية فلا بد أن يكون الجزاء مما يلزم لولا الشرط ليكون الشرط مانعا.

وأما علماؤنا ﷭، فمنهم من احتج[٥] بإجماع السلف؛ عن الزهري ﷺ

---

[١] «أ»، «ن» (بإثبات).

[٢] «ص» (تصح).

[٣] «أ» (طلاقا سنيا)، «ص» (فإنه لا يكون طلاق سنة).

[٤] «أ»، «ص» (أم).

[٥] «ص» (فيحتج لهم).

أن قوله[١] ﷺ: «لا طلاق قبل النكاح»(٢)، قال: كان الرجل تعرض عليه المرأة فيقول: هي طالق ثلاثا فتحرم عليه، فقال رسول الله ﷺ: «لا طلاق قبل النكاح».

فرده الحديث إلىٰ المرسل دليل علىٰ أنه كان يرىٰ صحة المعلق بالنكاح، ونحو ذلك روي عن سعيد بن المسيب ومكحول وجماعة من التابعين ﷺ، وهو مذهب إبراهيم وعامر الشعبي وسالم بن عبد الله رحمهم الله أجمعين(٣).

والمعنىٰ في المسألة: أن[٤] التصرف الذي اختلفنا فيه يمين فلا يكون قيام ملك النكاح شرطا لصحته قياسا علىٰ اليمين بالله والنذر بالعتق، وهذا لأن اليمين عقد[٥] فرد لا يتناول إلا الحالف بمنعه عما حلف علىٰ نفيه، أو بحمله علىٰ ما حلف علىٰ إيجاده، فلا يشترط له محل غير الحالف للحال.

❁ فإن قيل: نحن لا نشترط الملك من حيث أنه يمين ولكن من حيث أن المانع[٦] طلاقة، وطلاقه فيما[٧] لا يوجد قبل الملك ففسد لعدم المحلوف به، فلا يصح تكلمه به قبل الملك فلا يصير الشرط مانعا.

❁ قلنا: لا نسلم أن يكون المحلوف به طلاقه للحال بل طلاقه بعد الشرط، فإن المعلق بالشرط ليس بطلاق بعد ولا المضاف إلىٰ شرط أو وقت، لأن الطلاق

---

[١] «أ» (أول قول النبي).

(٢) سبق قريبا.

(٣) «مصنف» ابن أبي شيبة (٥/١٩ ـ ٢٠).

[٤] «ص» (هو أنّ).

[٥] «س» (عتق) والمثبت من «أ» «ص».

[٦] «أ» (الممنوع بالشرط)، وفي حاشية «أ» (المانع).

[٧] «أ» (فيها).

محله المرأة فلا يوجد قبل الحلول بها كالنذر بالعتق للحال ليس بعتق وإنما يصير عتقا عند أداء الواجب فيشترط الملك حينئذ ولا يشترط قبله لصحة التكلم به، والله أعلم.

❁ فإن قيل: فما المعلق بالشرط إذا؟

❁ قلنا: هذا ليس من مسألتنا هذه ولكنا نقول: بأن المعلق به ما سيصير[١] طلاقا حين شرطه، والشرط[٢] مانع من الحلول بالمرأة فلا يكون طلاقا لانعدام شرطه وهو المحل، فإن العلة كما تنعدم حكما بانعدام بعض أركانها[٣] فكذلك تنعدم بانعدام شرط صحتها حكما وتبقىٰ صورة، كبيع الحر إلا أنه يعرض أن يصير طلاقا عند الحلول بالمرأة حال وجود الشرط، ومثاله رمي السهم بنية القتل لا يكون قتلا ولا جرحا للحال لقصوره عن المحل فإذا وصل إلىٰ المرمىٰ صار الفعل من الرامي جرحا.

وإذا لم يكن المعلق طلاقا للحال لم يشترط قيام ملك النكاح لصحته، كالنذر بالعتق لما لم يكن عتاقا لم يشترط قيام الملك لصحته إنما يشترط له كون القائل[٤] من أهله في نفسه فكذا[٥] هذا، فيصير الشرط مبينا أن ما تكلم به ليس بطلاق، كما إذا قرن[٦] به إن شاء الله، وكما إذا قرن[٧] استثناء خمسين بالألف تبين به أن المراد

---

[١] في «أ»: (المعلق به تكلم بكلام سيصير).
[٢] «ص»، «أ» (لأن الشرط)، وفي حاشية «أ» كالمثبت.
[٣] «أ» (أركان العلة).
[٤] «ص»، «ن» (المتكلم).
[٥] «ص» (فكذلك).
[٦] «أ»، «ن» (قرت)، في «أ» (أقرت).
[٧] «أ»، «ن» (أقرت).

بالألف تسعمائة وخمسون[١] فالخصم أخذ بالصورة فسمى الشرط مانعا من الطلاق، ونحن نظرنا في[٢] المعنى فسميناه مبينا أنه [يمين][٣] وليس بطلاق[٤].

ألا ترى أنه إذا[٥] حلف لا يطلق امرأته فعلق الطلاق بالشرط لم يحنث حتى يوجد شرطه.

❁ فإن قيل: هذا يبطل بما إذا قال لها وهي أجنبية: إن دخلت الدار فأنت طالق ثم تزوجها فدخلت الدار لم تطلق، ولم يصح اليمين لفقد ملك النكاح[٦]، فإنه لو قال ذلك في النكاح[٧] صح، فهذه يمين وشرط لصحتها قيام الملك.

❁ قلنا: إنما فسدت هذه اليمين لعدم المحلوف به لا لفقد ملك النكاح للحال، فالمحلوف به طلاقه فيها بعد الشرط، ولا يتصور موجودا[٨] له شرعا بلا ملك وأثره[٩]، فإن كان الملك قائما للحال لم يحتج إلى ذكر الملك عند الشرط لأن الثابت على البقاء مالم يذكر سبب زواله وإن[١٠] لم يكن قائما لم يثبت إلا بذكر سبب الملك.

---

[١] «س» (وسبعون) والمثبت من «أ»، «ص»، إلا أنّه في «ص» (وخمسين).

[٢] «أ» (إلى).

[٣] ما بين [ ] ليس في «س»، والمثبت من «أ»، «ن».

[٤] «ص» (ونحن خطونا في المسألة فسميناه يمينا أنّه ليس بطلاق).

[٥] «أ» (لو).

[٦] «ص» (البضع).

[٧] «ص» (الملك).

[٨] «أ»، «ن» (موجبا)، وفي حاشية «أ» كالمثبت.

[٩] «أ»، «ن» (وأثر).

[١٠] «أ» (وإذا).

ولا يشترط قيام الملك لليمين وإنما يشترط للجزاء، لأنّ جزاءه ما سيكون طلاقا عند الحنث وإن لم يكن طلاقا للحال، ومتىٰ كان الجزاء بحيث لا يكون طلاقا عند الحنث لم يصح اليمين، وهذا الذي تكلم به لا يكون طلاقا عند الحنث حال الدخول، وحال الدخول علىٰ هذه الصفة لا تكون المرأة هذه محلا لطلاقه ولا يكون طلاقه إياها شيئا، والحالف لم يبدل وصفها بيمينه فتبقىٰ العبرة للحالة الراهنة فيها، فإن كانت مملوكة اعتبرت علىٰ ذلك فيكون طلاقها طلاقا، وإن كانت أجنبية بقيت علىٰ ذلك فلا يكون طلاقها طلاقا.

فأمّا إذا قال لها: إن نكحتك فأنت طالق فقد بدل وصفها حال الحنث، فإن جعلها مملوكة وعند الحنث ما تكلّم به يصير طلاقا فمتىٰ اتصفت بالملك حينئذ كان مما تعلق بالشرط بحيث ثبت يكون طلاقا عند الحنث فأشبه المعقود في الملك.

يدل عليه: أنه إذا قال: إن نكحتك فأنت طالق صح لأنه حلف بطلاق بعد الملك علىٰ ما مر وبعده الطلاق مملوك له فيبقىٰ للحال تكلمه بطلاق لا يلزمه والملك ليس بشرط لمثله، فإنه من أهل أن يطلق امرأة الغير ولا[١] يلزمه فكذا[٢] المعلق، ومثال هذا من المحسوس[٣] الرمي للجرح والشرط بمنزلة المجن المانع وصول السهم إلىٰ المرمىٰ والحنث بمنزلة زوال المجن فالسبب للجرح هو الرمي ولكن لا يتسمىٰ[٤] بالجرح قبل الوصول إلىٰ المرمىٰ ومع منع المجن، فإن سقط

---

[١] في «أ»: (فلا).

[٢] «أ» (فلا يلزمه فكذلك المعلق وكان مثال التعليق من المحسوس).

[٣] «أ» (للجرح).

[٤] «أ»، «ص» (يسمىٰ).

المجن ولم يمنع السهم حتى وصل فالآن يتسمى[١] الرمي بالجرح فلا يكون المجن مانعا الجرح عمله حقيقة بل مانع الرمي أن يصير جرحا فكذلك التطليق إذا علق بشرط يسمى باليمين، ولا يكون طلاقا، ولا يكون الشرط مانعا للطلاق عمله بل جعل الكلام[٢] يمينا ومنعه أن يصير طلاقا، فإذا زال المانع صار طلاقا الآن فلم يحتج لصحته يمينا إلى أن يكون ما تعلق به طلاقا للحال لولا الشرط، لأنه لا يتعلق به قط ما هو طلاق لأنه لا يتسمى[٣] به إلا بعد الوقوع على المرأة ولا يتصور الحلف به بعد ذلك، ولكن يحتاج لصحة اليمين إلى ما يكون طلاقا عند الشرط فمتى علق بالملك كان طلاقا عنده كما لو أرسل حينئذ.

❁ فإن قيل: قبل الملك لا يصح تكلمه بما سيصير طلاقا أيضا عندنا كما لا يملك التطليق فمن ادعى الصحة فعليه الدلالة[٤].

❁ قلنا: لما ثبت أن الملك شرط الطلاق وهذا ليس بطلاق حكما وإنما هو تكلم بكلمة الطلاق من غير أن يكون طلاقا، فلا يشترط الملك للتكلم به، فإنه يصح التكلم بطلاق غيره بإذنه وبغير إذنه[٥] عندنا، ولا ملك له لأنه ليس بطلاقه فهذا الذي ليس بطلاقه ولا طلاق غيره أولى أن يصح بلا ملك له، وكذلك يصح التكلم بنذر العتق ولا عبد في ملكه [فثبت أنه ليس بطلاق حكما بل هو يمين أن يشترط ملك النكاح لصحة اليمين فإن الشرط يعتبر بقدر الحال][٦].

---

[١] «أ»، «ن» (النكاح) في «أ» (يسمى).

[٢] «أ»، «ص» (يسمى).

[٣] في «أ»: (يسمى).

[٤] «أ» (الدليل).

[٥] «أ» (بإذنه وبغير إذنه).

[٦] ما بين [ ] ليس في «س»، «ص» والمثبت من «أ»، «ن».

۞ فإن قيل: شرط كل البيع يعتبر عند أحد شطريه وهو ليس ببيع ولكنه سيصير بيعا.

۞ قلنا: إن لم يكن بيعا فهو أحد شطريه، وشرط البيع شرط لكله فثبت شرطا لكل جزء منه ضرورة، فأما[١] المعلق بالشرط فليس ببعض طلاق ليعتبر[٢] له شرط كله بل هو تصرف آخر صح منه ونفذ وسمي يمينا، ولا[٣] يصير طلاقا حتى يبطل كونه يمينا، فإنه بعد الحنث لا يبقى يمينا، وإذا كان غيره لم يجب اشتراط[٤] الطلاق شرطا له، إلا[٥] بدلالة جامعة بينهما فيه، بل لما كان يمينا وجب مراعاة شروط الإيمان لا غير هذا كالرمي هو فعل سيصير جرحا ولا يراعى لتصحيح هذا الاسم محل الجرح فإنه رمي، وإن كان يصيب مجنا مانعا من الجرح وكالنذر بإعتاق العبد، وكذلك الوصية بالمال ستصير إيجابا في المال من وجه حتى ترتد برد الموصى له وفي الحال لا يراعى شرط إيجاب المال لأنه ليس يحل بالمال للحال بل يراعى شروط[٦] الوصية فإنها للحال تصرف بين الموصى له وبين الموصي من حيث إثبات الخلافة له على ما ذكر.

دل عليه: أن الطلاق كلام، والكلام إنما يصح مخرجه بكون القائل من أهله وهو في نطقه عن معرفة وتمييز ثم الفساد بعد ذلك بحسب أدلة شرعية منها عدم المحل وهو المفسد في مسألتنا هذه، فثبت أن الفساد لا لخلل في نفس المتكلم

---

[١] «أ» (وأما).
[٢] في «أ»: (فيعتبر).
[٣] في «أ»: (فلا).
[٤] زاد في «أ»: (شرط).
[٥] في «أ»: (لا).
[٦] «ص» (شرط).

ولكن بعارض فقدان المحل، وإذا كان الفساد بالمعارضة وجب النظر في المعارض ثم الحكم في الفساد[١] بقدره، ومتىٰ نظرنا لم نجده بنفسه مفسدا لليمين لأنها لا تحل بالمرأة[٢] بل هو مفسد للطلاق، وإنما يكون طلاقا عند الحنث وعنده المرأة مملوكة بيمينه[٣] نصا، فيصح كما لو كانت مملوكة بحاله بأن حلف علىٰ طلاق منكوحة بخلاف طلاق المجنون لأن الفساد بحال المتكلم فلم يصح التكلم به أصلا، وكذلك الصبي لأنه ملحق حكما بالمجنون فيما يضره من التصرفات أو يلزمه من العبادات، وكذلك إذا قال لها: أنت طالق يوم أتزوجك وإن لم يكن علىٰ صورة اليمين بل هو علىٰ صورة إيقاع مؤجل لأنه في حكم المعلق[٤] بالشرط، لتعلق[٥] الطلاق بالزوج[٦] الذي هو شرط دون الوقت الذي هو أجل، وهذه المسألة ترجع إلىٰ مسألة ذكرناها في كتاب الأيمان وهي مسألة تعجيل الكفارة قبل الحنث، فإنه لا يجوز عندنا وعنده يجوز، وهي[٧] معلقة بشرط الحنث كأنه يقول: إن فعلت كذا فعليَّ صدقة، وكذلك الخلاف ثابت في غير هذه المسألة.

فجعل الشافعي(٨) ﷺ المعلق بالشرط سببا للوجوب فجوز التعجيل بعد وجوده، ونحن لم نعده سببا[٩] مالم يوجد شرطه فلم نجوز التعجيل قبل السبب

---

[١] «أ» (بالفساد).

[٢] في «أ»: (المرأة).

[٣] في «أ»: (بتسميته).

[٤] «أ» (التعليق).

[٥] «ص» (لتعليق).

[٦] «ص» (بالتزويج).

[٧] «ص» (وذلك).

(٨) انظر: «الشرح الكبير» (٩/٢٠٢).

[٩] «ص» (ولكن لم يعده شيئا).

فكذلك هاهنا نعتبر[١] اليمين بالطلاق سببا من أسباب الطلاق ببعض[٢] أوصاف العلة فلا يصح ولا يثبت[٣] قبل المحل كأحد ركني البيع لا يثبت إلا في محل يثبت الكل، وعندنا لما لم يكن سببا للوجوب قبل الشرط بل كان يعرض أن يصير سببا بالشرط بأن يصير سببا آخر على ما بينا لم يعتبر له للحال محل ذلك الشيء الذي هو علة لأنه ليس هو ولا بعضه، وقد أوضحنا هذه الحدود في كتاب تقويم أصول الفقه(٤) في باب مفرد له، وجردنا الكلام في بيان أنه سبب أولا[٥] في تلك المسألة من كتاب الأيمان من وجوه وذكرناها هنا بقدر الحاجة إليه.

فإذا عرفنا هذه الجملة سهل الجواب عن قوله ﷺ: «لا طلاق قبل النكاح»(٦) فإن الذي تنازعنا فيه يمين بالطلاق، واليمين به غيره كاليمين بالله تعالى غير الله سبحانه لا إشكال فيه، وإنما الإشكال أنه: هل هو في حكمه وقد بينا أنه ليس لها حكم الطلاق أيضا.

وأما الحديث مقرونا بالسبب، فيقال لمثل هذا إن صح قلنا به، وإنما لم نقل به لأنه لم يصح لأنّ مداره على الزهري رحمه الله، وروينا عنه ما روينا وكذلك عن السلف ما يجوز أن يجتمع السلف على خلاف نص لا يحتمل التأويل، أو يتوهم أنه لم يبلغ كافتهم، أو لم يحتج به عليهم مع ظهور الفتوى منهم بخلافه، والله أعلم.

---

[١] «ص» (اعتبر).

[٢] في «أ»: (كبعض).

[٣] «ص» (والسبب).

(٤) انظر: «تقويم الأدلة في أصول الفقه» (ص: ٣٧٣).

[٥] «ص» (أوليس).

(٦) سبق تخريجه.

[٦٧٩] **مسألةٌ**: ومنها مسألة الطلاق الرجعي فإنه لا يحرم الوطء عندنا وعنده يحرم(١)، لأن البينونة معلقة بشرط انقضاء العدة بلا رجعة، فلم[٢] يعتبر الطلاق بحكم تعلق البينونة بشرط سببا من أسباب البينونة فبقي حكمه على ما يكون له بعد الرجعة وسقوط حكم العقد[٣].

وعند[٤] الشافعي(٥) رضي الله عنه التعليق لا يخرجه من أن يكون سببا[٦]، ولما كان الطلاق سببا للبينونة وقد وقع عليها لازما، فإنه وإن راجعها لم يبطل[٧] الطلاق ويظهر عمله في التحريم إذا طلق اثنتين.

ولما كان كذلك صار بمنزلة الكتابة بخلاف اليمين بالثلاث فإنها لا تحرم لأنه لم يقع عليها بعد، وما تناولها إنما هو سبب مقتصر على الرجل لكن شرطنا الملك للرجل لتصح مباشرته في حقه، والله أعلم بالصواب.

[٦٨٠] **مسألةٌ**: قال علماؤنا رحمهم الله تعالى: لا يملك الطلاق بملك النكاح إلا بدعة، كالظهار والإيلاء والإباحة بعذر زائد.

وقال الشافعي(٨) رضي الله عنه: يملك مباحا، وإنما يكون بدعة بعارض، وبيانه في

---

(١) انظر: «الحاوي الكبير» (٥/٣٤٤)، «نهاية المطلب» (١٤/٣٤١).

[٢] «ص» (فلا).

[٣] في «أ» (العلة).

[٤] «ص» (عند).

(٥) انظر: «الحاوي الكبير» (١١/٣١٢).

[٦] «ص» (من كونه سببا).

[٧] «أ» (تطلق)، وفي حاشية «أ» (يبطل).

(٨) انظر: «الأم» (٥/١٧٨ - ١٧٩).

إيقاع الثلاث جملة فإنها بدعة عندنا، وعنده مباح(١) لقول[٢] الله تعالىٰ: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ [الطلاق: ١] فالله تعالىٰ أباح الطلاق للعدة من غير تفصيل بين الجمع والتفريق، والطلاق للعدة هو الطلاق للطهر بلا خلاف، فإذا جاء الطهر جاءت الإباحة، وتبين بها أن الكراهة كانت لمعنىٰ الحيض، فإنها سبب رغبة عن النساء فعسىٰ يندم إذا جاء أو أن الطهر وحال الرغبة فيها، أو لأن العدة تطول إذا طلقها فيها فإنها غير محسوبة من العدة بالإجماع، لأن[٣] أصل الطلاق غير مباح للمالك، وقد قرأ عبد الله بن مسعود ﷺ: فطلقوهن لقُبُل عدتهن(٤)، أي وجه العدة، فتبين أن الأمر لم يتناول الطهر الثاني والثالث لأنهما ليسا بقبل العدة.

ولا معنىٰ لقولكم إن الأمر بالتطليق لا يوجب إلا تطليقه كرجل أمر غيره بتطليق امرأته لم يملك إلا مرة واحدة، وذلك لأن الآية لم تسق لتمليك أصل الطلاق، فإن الزوج يملكه قبل العدة بلا خلاف، والزوج يملك التطليق حكما لملك النكاح بلا خلاف وإنما سيقت الآية لبيان وقت الإباحة وزوال ما أوجب الحظر بعد الملك، كأن الله تعالىٰ يقول: إذا طلقتم النساء فلا تطلقوهن حتىٰ يطهرن عن الحيض، ولو قال هكذا لم يبق شيء من الحظر إذا بلغت الغاية فكذلك هاهنا.

(١) «الأم» (٥/١٩٣)، و«مختصر المزني» (٨/٢٩٥)، «الحاوي الكبير» (٩/٢٥٣).

[٢] «ص» (واحتج بقول).

[٣] «ص» (إلا أن).

(٤) ونسبت القراءة كذلك للنبي ﷺ علىٰ سبيل التفسير لا علىٰ أنّها قرآن، كما نسبت لابن عباس. انظر: «جامع البيان» (٢٨/٨٤٨)، وقال النووي: «هذه قراءة ابن عباس، وابن عمر، وهي شاذة لا تثبت قرآنًا بالإجماع ولا يكون لها حكم خبر الواحد عندنا، وعند محققي الأصوليين، والله أعلم» شرح النووي علىٰ صحيح مسلم (١٠/٦٩).

فأما الرجل إذا أمر غيره بالتطليق فالمأمور إنما يملكه بأمره، والأمر بالفعل ظاهر للمرة الواحدة على ما عرف، فكذلك لم يملك الزيادة به إلا بدليل زائد، ولأن المراد بقوله: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ كل الطلاق بالإجماع، وإنما الاختلاف في الكيفية وهذا الأمر مع إرادة الكل يعم الكل، كما إذا قال لامرأته: طلقي نفسك وأراد ثلاثا، أو لأجنبي، وإذا كان كذلك لم يثبت التفريق إلا بدلالة زائدة كما في أمر العبد، كيف وقد قرأ عبد الله بن مسعود رضي الله عنه لقبل عدتهن بضم القاف أي وجه العدة، فإنه ضد الدبر لغة، وعن العجلاني أنه لما لاعن امرأته قال: يا رسول الله كذبت عليها أن أمسكتها فهي طالق ثلاثا(1)، اعتقد عليها إباحة الثلاث فلو كان خطأ لما حل لرسول الله ﷺ السكوت عن الرد، ولأن الثلاث عدد طلاق يملكها الزوج متفرقا[2] فيملكها مجتمعا[3] قياسا على عدد الطلاق على المنكوحات، وهذا لأن كل عدد بانفراده مباح إيقاعه في هذا الوقت فالجمع لا يوجب الكراهة قياسا على سائر التصرفات المملوكة على التفرد، ولأن الملك في الأصل سبب لإطلاق التصرف للمالك كيف يشاء[4] إلا بحجر عارض شرعي فمن ادعى الحجر بسبب الجمع بعد وجود العلة المطلقة وهي الملك احتاج إلى إقامة الدلالة.

وأما علماؤنا رَحِمَهُمُ اللهُ تَعَالَى فإنهم احتجو بقول الله تعالى: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ﴾ [البقرة: ٢٢٩] إلى آخر الآية، فقوله: ﴿ٱلطَّلَٰقُ﴾ عبارة عن الكل لأن الألف واللام إذا لم يكونا لتعريف معهود كانا لاستغراق الجنس وليس هاهنا

(1) رواه البخاري (٥٢٥٩)، ومسلم (١٤٩٢)، عن سهل بن سعد رضي الله عنه.

[2] «ص» (متفرقة).

[3] «ص» (مجتمعة).

[4] «ص» (شاء).

معهود الجنس فانصرف إلى الجنس، ولأنه فسره بالثلاث، والثلاث كل الطلاق، فعلم أنه أراد به الكل كأنه تعالى قال: كل الطلاق مرتان ومرة ثالثة، ولو قال هكذا كان بيانا أن الطلاق المشروع متفرق، لأن المرات لا تكون إلا بعد تفرق الإيقاع، ثم كيفية التفريق فرع مذهبنا ولم نعرفها بهذه الآية.

❁ فإن قيل: هذه الآية وردت لبيان الطلاق المسنون والثلاث عندي جملةً مباح غير مسنون.

❁ قلنا: وليس في الآية بيان صفة السنة، بل كان تفسيرا لأصل الطلاق.

ويدل لصحة ما قلناه: الآية الثانية ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ [الطلاق: ١]، وقد احتج بها محمد بن الحسن رحمه الله لهذه المسألة، وحكى عن الصحابة رضي الله عنهم أن المراد بها أن يطلق الرجل امرأته واحدة ثم يدعها حتى تنقضي عدتها، وإجماعهم حجة.

ولأنا متى حملنا الآية على شرع الطلاق ابتداء لم يثبت بقوله: فطلقوهن إلا واحدة، كما إذا وكل الزوج[١] غيره بالطلاق.

ولأن الأمر بالفعل ظاهره لإثبات أقل ما ينطلق عليه الاسم على ما بينا في أصول الفقه، إلا أن يريد الآمر كل الفعل، ولا يجوز أن تحمل الآية على أن الله تعالى أراد به الكل مطلقا بدلالة أن الزوج متى قال: طلقت لم تطلق ثلاثا ولو كان المراد بالأمر الكل، وهو أمر صدر على حقيقته، والزوج ممتثل لطلقت ثلاثا بقوله: طلقت، كما إذا قال الزوج لرجل[٢] طلق امرأتي وأراد به ثلاثا فقال:

---

[١] «ص» (الرجل).

[٢] «ص» (لآخر).

طلقت فإنها تطلق ثلاثا فثبت أن الله تعالىٰ أراد الكل في ثلاثة أقراء.

ومتىٰ حملنا الآية علىٰ إزالة الحظر عن الطلاق علىٰ ما قاله الخصم احتجنا إلىٰ معرفة الطلاق المباح بملك النكاح أولا، حتىٰ إذا زال الحظر الثابت بالحيض وعاد ما كان له بملك النكاح عرفنا كيف يعود، فمن قال أن المباح له ثلاث جملة احتاج إلىٰ الدلالة فإن الآية لم تتعرض لها متىٰ جعلت لزوال الحظر الثابت بالحيض والزوج عندنا ما ملك المباح بالنكاح وإنما يملك المباح[1] بعدم الإمساك بالمعروف فكانت الآية لإثبات الإباحة أولا بالطهر علىٰ ما نبينه في آخر المسألة علىٰ أن في الآية دليلا علىٰ التفريق لأنه قال ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ وهو متناول كل الطلاق بالإجماع.

وبهذا يستدل الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى وقد علق الكل بالعدة، كقوله: ﴿أَقِمِ ٱلصَّلَوٰةَ لِدُلُوكِ ٱلشَّمْسِ إِلَىٰ غَسَقِ ٱلَّيْلِ﴾ [الإسراء: ٧٨] والمراد بالعدة الأطهار بالإجماع(٢)، وهنّ ثلاثة أطهار بلا خلاف، فصار كأنه قال: فطلقوهن لأطهارهن في العدة كل الطلاق، علىٰ ما قاله الخصم، وكل الطلاق ثلاث فمتىٰ وجب تطليقها لثلاثة أطهار كانت متفرقة وكانت حجة لنا.

ألا ترىٰ أن من قال لآخر طلق امرأتي لثلاثة أطهار لا يملك إلا متفرقا، والذي دل عليه أن ظاهر الأمر للإيجاب وأصل الطلاق لا يجب فعلم أن المراد به التفريق ليكون واجبا ويصير عملا بحقيقة الأمر.

والذي دل عليه: ما روي أن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما طلق امرأته في حالة

---

[١] «ن» (ملك).

(٢) انظر: «اختلاف الفقهاء» للمروزي (ص: ٢٣٦)، «الإجماع» لابن المنذر (ص: ٩٤).

الحيض فسأل رسول الله ﷺ عن ذلك فقال له رسول الله ﷺ: «**إنك قد أخطأت السنة ما هكذا أمرك الله، السنة أن تستقبل الطهر فتطلقها لكل قرء تطليقة**»(١)، وأراد بالسنة تفسير ما أمره الله تعالىٰ به لأنه ﷺ قال: «**ما هكذا أمرك الله**»، ولم يقل: ما هكذا سننت لكم، والسنة اسم عام لكل طريقه في الدين من حيث حقيقة اللغة(٢)، فثبت بنص الحديث أن المراد بالآية تفريق الطلاق علىٰ الأقراء.

وقد دل عليه: الوجوب المتعلق بالأمر وهو التفريق إذا أراد الثلاث لا أصل التطليق فإنه غير واجب، وكذلك المقابلة بالعدة، وهن الأطهار الثلاث فأصل الطلاق لا يقابلها.

ودل عليه الآية الأولىٰ فقد شرع الطلاق فيها متفرقا ولم يذكر فيها وقت الإيقاع، فكانت هذه الآية لبيان الأوقات كذلك متفرقة لكل طلاق علىٰ حدة ليكون كتاب الله تعالىٰ متعاونا علىٰ البيان علىٰ ما عليه حجج الله دون التناقض، وروىٰ أن عمر رضي الله عنه سأل رسول الله ﷺ عن طلاق ابنه امرأته في حالة الحيض فقال له رسول الله ﷺ: مر ابنك فليراجعها ثم ليدعها حتىٰ تحيض وتطهر ثم تحيض وتطهر ثم ليطلقها إن شاء فتلك العدة التي أمر الله تعالىٰ أن يطلق لها النساء»(٣).

فقد أمر رسول الله ﷺ بالتفريق علىٰ الأطهار ثم أخبر أن الله تعالىٰ كذلك أمر، ولو كان المنع لمعنىٰ الحيض لكان يقول: ثم ليدعها حتىٰ تطهر من حيضها[٤]

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) انظر: «تهذيب اللغة» للمروزي (١٢/٢١٠).

(٣) رواه البخاري في صحيحه (٦/١٥٥ برقم: ٤٩٠٨)، ومسلم في صحيحه (٤/١٧٩ برقم: ١٤٧١).

[٤] «ن»، «ص» (تحيض ثم تطهر).

ثم ليطلقها إن شاء على ما هو المذهب عندكم، فإن الحيض يزول بالطهر، فلما قال ﷺ: «ثم تحيض وتطهر» علم أنه أمر بالتأخير إلى الطهر الثاني ليكون بين كل طلاقين طهر[1] كامل، فهذا نص في الباب لا يحتمل التأويل.

ومن أصحابنا من استدل بقول ابن عمر رضي الله عنهما لرسول الله ﷺ: «أرأيت لو كنت طلقتها ثلاثا أكانت تحل لي، فقال: لا بل كانت تبين منك في معصية»(٢)، وصف البينونة بالثلاث أنّها معصية.

إلا أن هذا ضعيف، لأن ابن عمر رضي الله عنهما إنما سأله[3] عن الثلاث مكان الواحدة فإن النبي ﷺ أمره بالرجعة فظن ابن عمر رضي الله عنهما أنه لو كان طلقها ثلاثا أيضا تجب الرجعة ويحل له ذلك، ولم يعلم بذلك فسأل رسول الله ﷺ فأخبره أنه لا رجعة له عليها بعد[4] الثلاث بل كانت تبين وإن كان الطلاق في الحيض معصية. ولأنه يقطع النكاح الذي أصله سنة مرغوب فيها على ما بينا في كتاب النكاح.

وعن محمود بن لبيد رضي الله عنه أن رجلا طلق امرأته ثلاثا بين يدي رسول الله ﷺ فقال ﷺ: «أتلعبون بكتاب الله تعالى وأنا بين أظهركم»(٥)، واللعب بكتاب

---

[1] «ن»، «ص» (ليكون كل طلاق في طهر).

(٢) رواه البيهقي في سننه الكبير (٣٢٣/٧)، والدارقطني في سننه (١٠/٥)، وأعله البيهقي بعطاء الخراساني وقال إنه أتى في هذا الحديث بزيادات لم يتابع عليها وهو ضعيف في الحديث لا يقبل ما تفرد به. انظر: نصب الراية (٢٢٠/٣).

[3] «ص» (سأل).

[4] «ن»، «ص» (بهذا).

(٥) رواه النسائي في «سننه» (٦٧١/١ برقم: ٣٤٠١) من حديث مخرمة عن أبيه عن محمود بن لبيد أن رسول الله ﷺ: «أخبر عن رجل طلق امرأته ثلاث تطليقات جميعا، فقام غضبان ثم قال: أيلعب بكتاب الله تعالى وأنا بين أظهركم حتى قام رجل فقال يا رسول الله الا نقتله». وقال النسائي لا أعلم رواه غير مخرمة.

الله تعالى أن لا يعمل به على ما قال الله ﷻ: ﴿وَلَا تَتَّخِذُوٓاْ ءَايَٰتِ ٱللَّهِ هُزُوٗاۚ﴾ [البقرة: ٢٣١] بعد ما نهى عن تعدي حدود الله، بيانا أنّ التعدي هزؤ بكتاب الله.

وعن عبادة بن الصامت رضي الله عنه أن بعض آبائه طلق امرأته ألف تطليقه فبلغ ذلك رسول الله ﷺ فقال: «بانت بثلاث في معصية والزيادة رد عليه»(١).

وفي المسألة إجماع الصحابة رضي الله عنهم، فقد روى عن عمر وعثمان وعلي وعبد الله بن مسعود [وابن عباس][٢] وابن عمر وعمران بن حصين وأبي موسى الأشعري وأبي الدرداء وحذيفة بن اليمان رضوان الله عليهم أجمعين أنهم قالوا ذلك(٣)، حتى قال بعض منهم(٤) بانت عنه امرأته وأثم بربه، وقال بعضهم: وعصى ربه(٥)، وعمر رضي الله عنه كان يوجع عقوبة من طلق امرأته ثلاثا في مقعد واحد ولا يروى حديث بخلافهم إلا حديث يروى عن عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه أنه طلق امرأته تماضر رضي الله عنها في مرض موته ثلاثا حتى اختلف الناس في إرثها(٦)، ولو كان الطلاق واحدا لورثت ولما اختلفوا إذ[٧] الموت كان وهي في العدة.

والصّحيح عندنا أنّه طلّق امرأته هذه آخر ثلاث تطليقات لا ثلاثا، أو يكون بين الروايتين تعارض فلا يثبت ما قالوا.

---

(١) رواه عبد الرزاق في «مصنفه» (١١٣٣٩)، وقال الهيثمي في مجمع الزوائد (٤/٣٣٨): «فيه عبيد الله بن الوليد الوصافي العجلي وهو ضعيف».

[٢] ما بين [ ] ليس في «أ»، «ن».

(٣) انظر: «مصنف» عبد الرزاق (٦/٣٩٣ ـ ٣٩٦)، و«مصنف» ابن أبي شيبة (٥/١٠ ـ ١٥).

(٤) رواه ابن أبي شيبة في «مصنفه» (١٧٧٨٨)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (١٤٩٤٩).

(٥) رواه عبد الرزاق في «مصنفه» (١١٣٤٤)، والدارقطني في «سننه» (٣٩٧٥).

(٦) رواه مالك في «الموطأ» (٢١١٣)، والدارقطني (٤٠٤٩)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (١٥١٢٤) وفيه قال ابن الزبير: « وأمّا أنا فلا أرى أن ترث مبتوتة».

[٧] «أ» (لأنّ).

ويحتمل أنّه كان قال لها: أنت طالق ثلاثا للسنة، فإنها ثلاث لكنها متفرقة، وليس في الحديث بيان الوصف فيحتمل التفريق والجمع، والخبر حكاية فعل فلا يبقىٰ حجة.

أو لعله لا يعارض أقوال الصحابة لأنّه لا يجوز أنّه طلق امرأته ثلاثا مع اعتقاده بالكراهية لأمر من الأمور لأنّ الصحابي لم يكن معصوما عن فعل ما كان لا يحل له فعله علم علىٰ أنّ القول أثبت وأقوىٰ من الفعل، لأنّ الصحابي لم يكن معصوما عما لا يحل فعلا[١].

وأمّا قراءة عبد الله بن مسعود: فطلقوهن لقبل عدتهن فلا يثبت بهذه القراءة إلا تطليقة واحدة، وإنّما تثبت الثلاث بقراءة العامة، فتجعل القرءتان كنصين.

وأمّا الكلام من طريق الفقه فيرجع إلىٰ أصل وهو أنّ الطلاق لا يملك بملك النكاح عندنا إلا بدعة كملك الإيلاء والظهار[٢] فإنّهما لا يملكان بالنكاح إلا علىٰ سبيل البدعة فكذلك الطلاق عندنا، إلا أنّه مما يباح بدليل آخر عارض غير ملك النكاح، والإيلاء لا يباح بحال فمتىٰ عدم الدليل المبيح عندنا يبقىٰ علىٰ البدعة، وعلىٰ أصله الطلاق مباح بملك النكاح كالتصرف بملك اليمين، والبدعة بعارض تطويل العدة في الحيض واحترام الولد عند الاشتباه[٣]، فإذا زال العارض بقي علىٰ الإباحة، وكلامه ظاهر فإن التصرفات المملوكة بملك شيء تقع مباحا إلا بعارض ينضم إليه كما انضم إلىٰ الظهار الكذب من القول فصار بدعة، وإلىٰ الإيلاء قطع الإمساك بالمعروف فصار بدعة.

---

[١] «ص» (عن فعل ما لا يحل).

[٢] «ص» (كالظهار والإيلاء).

[٣] «ص» (اشتباه النسب).

والدليل[١] على إثبات هذا الأصل وجوه منها: قول النبي ﷺ: «وإنّ من أبغض المباحات إلى الله الطلاق»(٢)، وفعل ما يبغضه الله حرام فإذا اتصف الطلاق به حرم وكانت الإباحة بدليل معارض يكون بغض الله إياه أشد من الطلاق[٣] كما يحرم الحنث في الأصل وهو ما يبغضه الله تعالى إلا أن يلزم الحالف بالبر ما هو أشد بغضا عند الله تعالى من الحنث، والله أعلم.

ولأن أصل النكاح مسنون بلا خلاف على ما بيناه في النكاح وهو قربة عند الله تعالى خير من التخلي لنفل عبادة الله تعالى[٤] إذا كانت نفسه تتوق إلى النساء بلا خلاف، وعندنا تاقت أو لم تتق، وأنه كالجهاد في سبيل الله، والطلاق يقطعه ويرفعه فيكون بدعة كالإيلاء لما قطع الإمساك بالمعروف كان بدعة وكالحنث في اليمين حرام[٥]، وإن كان دخول الدار مباحا شرعا لأنه تضمن هتك حرمة الاسم، ولأن الطلاق لا يملك إلا بملك النكاح.

وقد ذكرنا أن ملك النكاح ملك ضروري ثابت في حق تحليل الوطء ولم تظهر فيما عدا حقوق النكاح التي بقاؤها بالملك، حتى لم يظهر في حق التمليك من غيره وحق[٦] الفسخ على ما بينا في كتاب النكاح، وكان ينبغي أن لا يظهر

---

[١] «أ» (فالدليل).

(٢) رواه «أبو داود» في سننه (٢/٢٢٠ برقم: ٢١٧٧)، و«ابن ماجه» في سننه (٣/١٨٠ برقم: ٢٠١٨) و«البيهقي» في سننه الكبير (٧/٣٢٢ برقم: ١٥٠٠٦)، و«الحاكم» في مستدركه (٢/١٩٦ برقم: ٢٨١٠) و«الطبراني» في الكبير (١٣/١٣٩) برقم: (١٣٨١٣) بلفظ: «أبغض الحلال إلى الله ﷻ الطلاق»، وهو مرسل. انظر: علل الحديث لابن أبي حاتم (٤/١١٨).

[٣] «ص» (بغضه الطلاق).

[٤] «ص» (لعبادة الله).

[٥] «أ» (بدعة حرام).

[٦] «ن»، «ص» (وفي).

في حق الطلاق أيضا لأنه يرفعه كالفسخ ولكن تعدىٰ إليه لأن النكاح ما شرع إلا للسكن والازدواج وإقامة المصالح المتعلقة بالازدواج ولا[١] يقوم بغيره، وربما لا تتفق الأخلاق فيفوت ثمرات النكاح أو من حيث التدين لا يستحسن إقامة تلك الوصلة فيؤدي النكاح المشروع لمصالح الدين والدنيا إلىٰ ضدها، فأظهر الملك في حق الطلاق ليقضي به عما يؤدىٰ إليه الإقامة علىٰ[٢] النكاح، ولما أظهر لهذه الحكمة ملك أصل الطلاق ولم يبح له التصرف إلا مقرونا بالسبب الذي هو حكمه كما شرع الحنث في اليمين إذا كان خيرا من البر من حيث الديانة.

وقد دل عليه: قوله تعالىٰ: ﴿فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖۗ﴾ [البقرة: ٢٢٩] فثبت أنه مشروع لفوات الإمساك بالمعروف إلا أن النفرة من الصحبة بسبب الدين، أو من حيث تباين الأخلاق أمر باطن لا يمكن التعرف[٣] من غيره الا بحرج، فلا يمكننا الفرق بين البدعة والسنة بسبب نعلمه[٤] نحن بذلك فعلق الشرع ذلك بالحالات الدالة علىٰ ذلك من حيث العقل والحكمة وهو حال الطهر في المدخول بها من غير جماع أو بعد ظهور الحبل، لأن حال الحيض حال نفرة عن النساء طبعا، والنساء لا يخلون عنها علىٰ سلامة الجبلة، فلم تجعل النفرة بسببها[٥] مبيحا، وعين له مدة الطهر[٦] لأنه حال رغبة فيهن.

والنكاح عقد مصلحة، وفي عادة العاقل علىٰ ما عليه جبلة العقلاء أنه لا

---

[١] في «أ»: (لا) بلا واو.
[٢] «أ» (عن).
[٣] «ن»، «ص» (نعرفه).
[٤] «ن»، «ص» (بسبيل نعرفه).
[٥] «أ» (سببها).
[٦] «ن»، «ص» (وعين لنا الطهر).

يشتغل بقطع سبب المصلحة إلا لمفسدة[١] في إمساكه فوق مصلحته ليكون الطهر دليلا على النفرة من حيث تباين الأخلاق أو الديانة لأنه مما يتفاوت الناس فيه، وعسى يقع الاحتراز عنها بغيرها، وكذلك ربما يندم لمكان الولد ويتحمل ما بها لحب الولد، فكره عندنا اشتباه حال الولد فظهر ملك الطلاق في أصله بملك النكاح، وعلق ملك الإباحة بالطهر وظهور[٢] حال الحبل في التي تختلف حالاتها، وصارت الحالات كلها في التي لا تختلف بمنزلة حال الطهر في المدخول بها التي تحيض، فأبيح له بناء على الحال التي بنى الشرع الأمر عليها في طهر التي تحيض، كما في اليمين إذا حلف أن لا يكلم أباه يباح الحنث كما حلف، لأن سبب الإباحة مقرون به، وإذا حلف لا يكلم هذا الحربي لا يباح له الحنث حتى يسلم الحربي، لأن المعصية لا تقترن بالبر إلا بعد الإسلام. وإذا ثبت أن ملك النكاح يملك الزوج أصل الطلاق ويعلق الإباحة بالطهر ليمكنه التقصي عن عهدة النكاح، قلنا: إن التقصي يقع بالرجعي فتكون الإبانة مكروهة لأنه زيادة لا فائدة فيه، وبمثله يكره جمع الطلاق إلى الطلاق في ساعة، لأن التقصي يقع بالأولى[٣] لأنها تبين بعد انقضاء العدة.

❁ فإن قيل: فعلى هذا يجب أن يكره الثاني أصلا.

❁ قلنا: والأحسن عندنا أن يقتصر على الواحدة، إلا أن الشرع لما ملكه الإباحة بالطهر وإقامة مقام المبيح تجددت الإباحة بتجدد الأطهار، وإن لم يتجدد أصل العلة وهو النكاح، كمن اشترى جارية فاستبرأها[٤] بحيضة ثم باع من غيره

---

[١] «أ» (بمفسدة).

[٢] «ص» (وطمعت).

[٣] «س»، «ن» (الأول)، وفي «أ» (بالأول) والمثبت من «ص».

[٤] «أ» (فاستبرأه).

وسلم إلى المشتري ثم اشترى[١] من ساعته لزمه[٢] استبراء جديد وإن لم يختلط بها ماء يقينا ، لأن ملك اليمين أقيم مقام الماء لما عرف فتجدد بتجدد الملك ، وفي باب اليمين علق إباحة الحنث بعين المعصية لأنه ظاهر في نفسه فلم يقم غيره مقامه.

والدليل على أن البدعة في طلاق الحيض ما قلناه[٣] أن الثاني يكره في الحيض وما فيه تطويل العدة ، وإذا طلق في الحيض وهو لا يريد أمر بالرجعة ثم الطلاق في الطهر الثاني وفيه تطويل العدة خصوصا إذا لم يكن راجعها حتى انقضى قرآن ، فإنّه يؤمر بالرجعة ثم بالطلاق واستئناف العدة.

ويدل عليه: أن الطلاق بعد تتمة النكاح بالدخول وحصول الغرض منه لم يشرع إلا مقرونا بخيار الرجعة إلا بزيادة تقطعه وسائر أسباب الزوال في الأصل مزيلة بنفسها إلا بعارض يمنع لزوال[٤] ليعلم أن المنع أصل في الطلاق.

❁ **فإن قيل**: في الطلاق إطلاق عن رق النكاح كالعتاق فكان ينبغي أن يكون محبوبا في أصله ولكن[٥] الله تعالى أبغضه لعارض أمر بعده فيكون الحجر عارضا لا أصلا ، ألا ترى أن النكاح لا يصح على الأم صيانة لها عن ذل الملك وكان من الكرامات.

❁ قلنا: نعم في الملك ضرب ذل ولكن المقصود من النكاح ليس هو

---

[١] «ن» ، «ص» (اشتراها).

[٢] «أ» (لزم).

[٣] «أ» (ما قلناه).

[٤] في «أ»: (الزوال).

[٥] «أ» (إلا أنّ).

الاستذلال والقهر والتملك بل المقصود منه الازدواج وإنشاء القرابات والنسل، فكان المعنى الأصلي هذا الذي هو حسن وسنة[١]، والمعنى الآخر تبع وهو الملك، وما شرع إلا لزيادة صيانة للمرأة عن البذل والإباحة على ما بينا في موضعه، ولولا الشرع لكنا ننفي أصل الملك، وإذا كان كذلك صارت العبرة للمعنى الأصلي ثبوتا وزوالا.

ألا ترى أن وقوعه سنة وإيقاع الملك على بني آدم عقوبة ما وجبت إلا بالكفر[٢] كالاسترقاق، فعلم بكونه سنة في أصله أن العبرة للازدواج في الثبوت لا الملك وكذلك إنكاح الصغار مشروع وما ثبتت الولاية عليهن[٣] إلا بشرط الإصلاح، فعلم بكونه سنة في أصله أنّ العبرة للازدواج في الثبوت لا للملك في كونه مجبوبا وإكراما فكذلك في الإزالة تكون العبرة لضد ما كان لثبوته بخلاف الرق الحقيقي[٤].

[٦٨١] مسألةٌ: ولهذا قال زفر ﵀ في غير المدخول بها أنها لا تطلق في الحيض لأن الطهر سبب الإباحة لما ذكرنا من الأدلة، إلا أنا نقول في غير المدخول بها إنما تقع الرغبة فيها بالعقد نفسه لا بحال الطهر لأنه لا يشعر بحالتها، فالأحوال سواء في حقه فيها فصارت كالآيسة والصغيرة، وهذا لأن الأحوال لما استوت[٥] لم يمكن إمداد[٦] الحظر إلى وقت الرغبة فيها، فلو منعنا

[١] في «أ»: (جنس ونسبة) وفي حاشية «أ» (حسن وسنة).
[٢] «س» (بالملك)، والمثبت من «أ»، «ن»، «ص».
[٣] «أ» (عليهم).
[٤] «أ» زيادة: (في كونه محبوبا وإكراما).
[٥] «ن»، «ص» (اشتدت).
[٦] «ن»، «ص» (إضافة).

بغير وقت لمنعنا عن أصل الطلاق، وكونه متعينا[١] لا يمنع الأصل لأن الطلاق ثابت بالملك، فمتىٰ لم يمكن[٢] الجمع بين الإطلاق والحضر رجح الإطلاق علىٰ الحضر لا مكان الخلاص عن هذا الوثاق.

❁ فإن قيل: كان يمكن الخطر إلىٰ أن يدخل بها ثم يطلقها للعدة.

❁ قلنا: لا يمكن إلا بأن نلزمه[٣] الدخول ثم الطلاق، والدخول تصرف منه في الملك، وربما لا ينشط فيه أو لا يقدر عليه فلا يلزم شاء أو أبىٰ، لأن المالك مخير في التصرف بحق هذا الملك هذا هو الأصل فلم يصح التوقيت به، ووجب التوقيت بما يكون لا محالة حتىٰ لا يؤدي إلىٰ تفويت أصل الطلاق وقوله تعالىٰ: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ [الطلاق: ١] لا يتناول غير المدخول بها لأنه لا عدة لها، وليست العدة باسم للأطهار علىٰ الإطلاق، بل الأطهار تسمىٰ المرأة فيها معتدة، بل شرع في غير المدخول بها بلا وقت فقال: ﴿لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُواْ لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾ [البقرة: ٢٣٦] أزال الجناح بلا اعتبار وقت.

فأما الجواب عن احتجاجهم بالآية فقد مر، وكذلك عن المعنىٰ القياسي، ثم قد[٤] ذكرنا أن كليهما حجتان عليه.

فأما الخبر فظاهره أنه كان قبل نزول آية التفريق وتقرر الشرائع، بدلالة أن المذهب عندك أنها تبين بلعان الزوج، وكان اعتقاده أنها تطلق بتطليقة عينا، ومع

---

[١] في «أ» (مبغضا).
[٢] في «أ»: (يكن).
[٣] «أ» (يلزمه).
[٤] «أ» (وقد).

ذلك لم ينكر عليه رسول الله ﷺ، أو لم ينكر عليه لأن النبي ﷺ كان قد علم أنه ربما لا يقبل لفرط الغيظ فيكفر، ثم رد بعد ذلك ولم ينقل، ولأن الثلاث عندنا لا تكره لعينها ولكن لأنها قاطعة لسبب الازدواج، ولا ازدواج[١] بعد التلاعن فإنهما لا يجتمعان أبدا، هذا كما كره علماؤنا رحمهم الله في رواية كتاب الطلاق الإبانة بغير بدل بعد الدخول لأنه[٢] يقطع الازدواج للحال بلا فائدة، فإن مقصوده كان يحصل بالرجعي متأخرا، ولم يكره قبل الدخول بها لأنه لا رجعة، وكذلك في المعاداة لا بأس بها بلفظ الإبانة لأن العوض حقه فلا يمنع عنه ومعه لا يقع إلا بائنا فلم يكره بلفظ يبين، وهذا ضعيف لأن حرمة التلاعن تزول بالإكذاب وحرمة الثلاث فتوجب[٣] زيادة حرمة لم تكن ثابتة فيجب أن يكره، ولأن هذا إن كان قبل حديث محمود بن لبيد رضي الله عنه نسخة حديث محمود رضي الله عنه، وإن كان بعده فذلك البيان كان بيانا له، ويحتمل أنه كان بلغه، والخبر حكاية فعل ليس له عموم فلا يبقى حجة، والله أعلم.

[٦٨٢] مسألةٌ: ولهذا قلنا[٤] إن أحسن الطلاق أن يطلقها[٥] واحدة ثم يدعها حتى تنقضي عدتها.

وقال الشافعي(٦) رحمه الله: هو والثلاث في ثلاثة أطهار في الحسن سواء، لأن

---

[١] «ص» (والازدواج).

[٢] «ص» (لأنها).

[٣] «ص» (لا توجب)، وفي «أ» (لا فتوجب).

[٤] «أ» (قال علماؤنا).

[٥] «ن»، «ص» (الرجل امرأته).

(٦) انظر: «الأم» (٥/١٨٠ ـ ١٨١)، «الحاوي الكبير» (١٠/١١٧).

الله تعالىٰ لم يفصل وكذلك الرسول ﷺ، إلا أنا نحتج بما روىٰ عن إبراهيم النخعي رحمه الله أن أصحاب رسول الله[١] ﷺ كانوا يستحبون أن لا يزيدوا في الطلاق علىٰ واحدة[٢] حتىٰ تنقضي العدة[٣]، وأن هذا أفضل عندهم من أن يطلق الرجل امرأته ثلاثا عند كل طهر واحدة ثم يدعها حتىٰ تنقضي العدة وكانوا منه حكاية علىٰ الصحابة رضي الله عنهم لما ذكرنا أن الطلاق ما شرع إلا لإمكان الخلاص عن عهدة النكاح، وأنه يحصل بالواحدة فلم يكن الثاني كالأول في الإباحة وكان يجب أن لا يملكه أصلا لما ذكرنا، إلا أنا ملكناه شرعا لما ذكرنا أن ملك النكاح سبب لملك كل الطلاق والطهر سبب للإباحة فلا يخلو طهر عن إيجاب إباحة كما لا يخلو ملك نكاح عن تمليك الطلاق، وكل علة لا تخلو عن حكمها أصلا.

[٦٨٣] مسألةٌ: ولهذا قالوا في رواية الأصل: إن من طلق امرأته في الطهر ثم راجعها لم يملك طلاقها ثانيا إلا بطهر آخر كما لو لم يراجعها.

وروي عن أبي حنيفة رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ أنه يملك لأن التفريق شرع في العدة فأما في النكاح فلم يشرع إلا اعتبار الوقت.

والجواب عنه أن الطهر سبب الإباحة فإذا أباح إباحة لم يبح ثانيا في ذلك النكاح، لأن النهي بسبب النكاح دون العدة في ذلك.

دل عليه: قول النبي ﷺ لعمر رضي الله عنه: «مر ابنك فليراجعها ثم ليدعها حتىٰ

[١] «ن» (أصحابه) في «أ» (النخعي أنّهم).

[٢] «ص» (كانوا يستحسنون أن يطلق الرجل امرأته واحدة).

[٣] «ن»، «ص» (عدتها).

تحيض وتطهر ثم تحيض وتطهر»(١)، فأبئ أن يفرق بينهما لأقل[٢] من طهر، وإن صارت منكوحة بالرجعة بلا عدة والله أعلم.

ولهذا لم يكره للرجل أن يطلق امرأته الآيسة والصغيرة أو الحامل عقيب الجماع بلا[٣] فصل، لأنا إنما كرهنا في ذات القرء الحامل ذلك الطلاق لا لعينه ولكن لأنه ربما يندمه نفقة الولد ولا علم له بذلك للحال، والحامل لا تحبل ثانيا، والذي ظهر فقد رضي الرجل بنفقته وتربيته بنفسه لما طلقها[٤]، والله أعلم.

|٦٨٤| مسألةٌ: قال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله: الحامل تطلق ثلاثا للسنة في كل شهر تطليقة.

وقال محمد وزفر رحمهما الله: لا تطلق للسنة الا واحدة، قال: وبلغنا ذلك عن ابن مسعود وجابر بن عبد الله رضي الله عنهما.

ولأن التفريق بين التطليقات شرع[٥] بفصول العدة بالحيض لذات[٦] القروء بالأشهر للآيسة، وعدة الحامل مالها فصول فإنها تنقضي بمدة الحمل قصرت أم طالت لا بالأشهر فعدم في عدتها ما يفرق به بين التطليقات فامتنع التفريق، والقياس المجرد أن شهر الحامل شهر طهر من ذوات[٧] القرء فلا يسن تفريق

(١) سبق قريبا.
[٢] «أ»، «ص» (بأقل).
[٣] في «أ»: (فلا).
[٤] في «أ»: (طلقه).
[٥] «أ» (شرعت).
[٦] «أ» (كذات).
[٧] «أ»، «ن»، «ص» (ذات).

الطلاق به.

دليله: إذا لم تكن حاملا دل عليه أن عدة الأمة لما كانت فصلين تعذر الطلاق ثنتين فعلم أن الشرع شرع التطليقات مفرقة على فصول العدة إما إباحة وإما أصلا، فلما لم يكن لعدة الحامل فصول علم أنها ليست بثلاث شرعا وإباحة وكان يجب على هذا التقدير أن لا يكون مشروعا أصلا إلا أن مدة الحمل للعدة ليست بأصلية بل بعارض الحمل، فلم يظهر في حق الأصل وظهر[١] في حق الإباحة، كما قبل الدخول لم يشرع الطلاق إلا واحدا لعدم العدة بفصولها، والثلاث مشروعة أصلا، لأن النكاح يعقد للدخول بها لا للعدم[٢] فيجب البناء على الدخول، فعدم العدة والفصول في هذه الحالة التي ليست بأصلية أثر في حق الإباحة دون الأصل، وعدة الأمة لما صارت فصلين شرعا على كل حال أثر في أصل الطلاق والإباحة جميعا، ولأن مدة الحمل مدة استبراء الأمة فلا تقبل تفريق الطلاق قياسا على الشهر والقرء، إلا أن أبا حنيفة ﷺ يقول: مدة الحمل مدة تنقضي[٣] بها عدة الطلاق فوجب أن يكون قابلا[٤] لتفريق الطلاق فيها على وجه السنة قياسا على سائر مدد العدد.

وهذا لأن الله تعالى شرع الطلاق ثلاثا وما أباحها للزوج[٥] إلا متفرقة في العدة فعلم ضرورة أن العدة قابلة للتفريق فيها في الجملة لا محالة لاستحالة شرع

---

[١] «ص» (وظهرت).

[٢] «أ» (لعدم).

[٣] في «أ»: (تنقص).

[٤] «ن»، «ص» (تكون قابلة).

[٥] «س» (للرفع) والمثبت من «أ»، «ص».

التفريق في محل لا يسعه.

❁ **فإن قيل:** جملة العدة قابلة والشأن في التفاصيل ألا ترىٰ أن مدة الحمل إذا كانت قصيرة لم تقبل التفريق بلا خلاف.

❁ **قلنا:** إن مدة الحمل نوع في نفسها[١] ومدة الآيسة نوع ومدة الإقراء نوع، فلا بد أن يكون كل نوع منها قابلا للتفريق، لأن الطلاق مشروع لعدة[٢] كل مدة، فجاء من هذا أن مدة الحمل لا بد أن تقبل التفريق[٣] وهو مذهبنا، إلا أن الزوج إذا طلقها لآخر مدة الحمل فهو الذي فوت الوقت علىٰ نفسه، كالذي يسلم لآخر الوقت بحيث لا يسعه للصلاة، فإن الصلاة تلزمه لأنه هو الذي فوت علىٰ نفسه أو ضاق[٤] بعارض سبب آخر، فأما أصل الوقت فقابل ولا بد من ذلك، ثم كيفية التفريق فرعنا نحن فنقول: إن التفريق في الأصل بالأقراء علىٰ ما نطقت به السنة والحكمة[٥] التي قلناها وهي أن يكون الإيقاع أبدا في وقت الرغبة فيها حتىٰ لا يؤدي تبدل الحال إلىٰ ندم فيراجعها فيكون بالطلاق باشر أمرا مبغضا عند الله لم يبح إلا لفائدة الخلاص، وبالرجعة تعدم هذه الفائدة، ثم لما عدم هذا المعنىٰ في الآيسة والصغيرة ولا بد لمدة العدة أن تقبل التفريق أقيم ما يشبه الأقراء بوجه مقام الأقراء، وهي الأشهر من حيث أنها فصول العدة كالأقراء، فإن[٦] عدم المعنىٰ الذي به صارت الأقراء أوقاتا وقد عدم هذا المعنىٰ الثاني

---

[١] «ن»، «ص» (نفسه).

[٢] «ص» (بعدة).

[٣] «أ» (يتقبل التصريف).

[٤] «ص» (أوصاف).

[٥] في «أ»: (وللحكمة).

[٦] «أ» (وإن).

أيضا في مدة الحمل لأنها لا فصول لها ، ولا بد من التفريق فيها على ما قلنا أقيم ما يشبه أشهر الآيسة من وجه مقامها وإن لم يشبهها من حيث المعنى الذي به كانت أشهر الآيسة أوقات التفريق ، وهو أن شهر الحامل شهر من مدة عدة لا حيض فيها .

وبطل بهذا قوله: أن أصل التفريق متعلق[١] بفصول العدة ، فإن ابتداء الطلاق مشروع في طهر عقيب حيض ، ولا تفريق بعد ليكون الإيقاع في حال الرغبة فيها على ما قلنا ، فلما وجب التفريق والطلاق الثاني مثل الأول شرع في وقت الرغبة فيها أيضا[٢] ، وفصل العدة وقع اتفاقا لا علة ، على أن أكثر ما في الباب أن تسلم له أن فصل العدة مما يفرق به فليس فيه أن غير الفصل لا نفرق به ، وعدم العلة لا يوجب عدم الحكم بلا خلاف فيكون احتجاجا بلا دليل في حال عدم فصول العدة في المدة ، وأما القياس المجرد فباطل لأنا لا نسلم أن الحامل ذات القروء[٣] ، وقد ثبت عندنا أن الحامل لا تحيض ولو رأت دما في مدة الحبل لم[٤] يتعلق به حكم الحيض .

فإن قال: شهر الحامل شهر ممن ليست بصغيرة ولا آيسة كان فاسدا لأنه جمع بين الأصل والفرع بعدم[٥] الوصف ليست بصغيرة ولا آيسة ، وقد ذكرنا غير مرة أن مثل هذا الجمع فاسد[٦] ، ورجع حاصل الكلام إلى أن التفريق يقع

---

[١] «ن» ، «ص» (شرع) .
[٢] «ص» (أصلا) .
[٣] «ن» ، «ص» (قرء) .
[٤] «ص» (الحمل لا) .
[٥] «أ» (لعدم) .
[٦] «ص» (لأنه جمع بين الأصل والفرع بعدم الوصف) .

بالقرء[١] وبفصل من فصول العدة وبشهر الحامل وإن لم يكن فصلا عند أبي حنيفة وأبي يوسف ﷺ تعالىٰ لدليل قام له فصار التفريق عندهما بثلاثة أوجه وعند الخصم بوجهين فلا يبقىٰ للخصم إلا مطالبتنا[٢] بالدلالة علىٰ صحة الوجه الثالث فإنّه ما أقام دلالة تنفي الوجه الثالث بما زعم.

فأما قوله: إن مدة الحمل مدة استبراء الأمة فلا تكون محلا للتفريق فاعتبار صورة لأن مدة الاستبراء في الأصل ثلث مدة العدة فلذلك[٣] لم تصلح محلا للتفريق لأن كل العدة شرع محلا للتفريق[٤] لا الثلث، وإذا آل الأمر إلىٰ الحمل كان مدة الاستبراء كل مدة الحمل، وكل مدة الحمل تقبل التفريق لما ذكرنا، وكونها مدة الاستبراء ليست بمانعة بل الشبهة أن تكون بعض[٥] مدة الحمل، ووجب التأمل في صيرورتها مدة الاستبراء وهي كل مدة الحمل[٦] ومدة الاستبراء بعض هذه.

فقلنا: إنما زيد في مدة الاستبراء بالحمل لأن الحمل من الغير، ونفس الحمل يمنع الوطء وإن لم يكن حين الاستبراء، كما إذا[٧] وطئت امرأة الرجل أو أمته بزنا فحملت فإن المالك يمنع عن وطئها حتىٰ تلد حتىٰ لا يسقي ماؤه[٨]

[١] «ص» (بالقروء).

[٢] في «أ»: (مطالبته).

[٣] «أ» (فكذلك).

[٤] «أ» (محل التفريق).

[٥] «أ» (كل).

[٦] «س» (العدة) والمثبت من «أ»، «ص».

[٧] «أ» (لو).

[٨] «أ» (ماء).

زرع غيره، ولما كانت[١] المدة زائدة لضرورة الحمل لا بسبب الاستبراء ذهبت الشبهة الآبية للتفريق، فإن الشبهة فيما قلنا: إن مدة[٢] الاستبراء ثلث مدة العدة وثلث العدة لا يقبل التفريق، والله أعلم.

وأما حديث عبد الله ﷺ فاللفظ المروي عنه: «أحسن طلاق الحامل أن يطلقها واحدة ثم يدعها حتى تنقضي العدة فلعله يندمه نفقة ولدها»(٣)، وإنه إلينا أقرب على أنه لم يثبت عن أبي حنيفة ﷺ تقليد الصحابي الواحد، أو[٤] يحتمل أنه لم يكن بلغه، وكان القياس يوجب ذلك، والله أعلم.

❋ ❋ ❋

---

[١] . «ص» (صارت).

[٢] «س» (شبهة) والمثبت من «أ».

(٣) روى نحوه ابن أبي شيبة في «مصنفه» (١٧٧٤٩)، عن حماد قال: «كان يستحب أن يطلق الحامل واحدة، ثم يدعها حتى تضع».

[٤] في «أ»: (أن)، وفي حاشيتها (أو).

مسائل الركن

فنبدأ بالقدر: قدر عدد الطلاق معتبر بالنساء عندنا، وهو ثلاث إن كانت حرة، وثنتان إن كانت أمة لا عبرة بالرجل.

وقال الشافعي[1] رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى معتبر برق الرجل وحريته، ومذهبنا مذهب علي وعبد الله بن مسعود رضي الله عنهما ومذهبه مذهب عثمان وعائشة وزيد بن ثابت رضي الله عنهم.

وعن[2] ابن عمر رضي الله عنهما: «الطلاق لمن رق منهما»[3] فصار بينهم إجماعا[4] على نقصان العدد بالرق، ولكنهم اختلفوا في تعيين واحد منهما فلا يستقيم الاحتجاج في المسألة إلا بما يعين الواحد منهما.

احتج الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى بما روي عن النبي ﷺ: **«الطلاق بالرجال والعدة بالنساء»**[5]، وبما روى عن النبي ﷺ: **«يطلق العبد ثنتين وتعتد الأمة حيضتين»**[6].

---

(١) انظر: «الأم» (١٠/٣٠٤)، «الحاوي» (١٠/٣٠٤)، «الوسيط» (٥/٤٠٠)، «البيان» (١٠/٧٤).

[٢] «ن»، «ص» (وروي عن).

(٣) رواه عبد الرزاق في «مصنفه» (١٢٩٥٨)، والطحاوي في «شرح مشكل الآثار» (٧/٤٦٥)، والدارقطني في سننه (٣٩٩٦) بلفظ: «أيهما رق نقص الطلاق برقه».

[٤] «ن»، «ص» (إجماع).

(٥) رواه سعيد بن منصور (٧/٣٥٦/برقم: ١٣٢٩)، والبيهقي (٧/٣٧٠/ برقم: ١٥٢٧٥) من طريق شعبة عن أشعث بن سوار عن الشعبي عن عبد الله ابن مسعود بلفظ: «الطلاق بالرجال والعدة بالنساء» موقوفًا، وقال البيهقي: «وليس بمحفوظ»، ورواه ابن أبي شيبة في «المصنف» (٤/١٠٥)، وعبد الرزاق كذلك في «المصنف» (١٢٩٥١) عن ابن جريج والثوري عن يحيى بن سعيد عن ابن المسيب به قوله. وسنده صحيح.

(٦) رواه ابن ماجه (٢٠٧٩)، والدارقطني في سننه (٢٠٧٩) بلفظ: «طلاق الأمة اثنتان،=

وأما المعنىٰ في المسألة: فهو ما مر[١] في كتاب النكاح في مسألة طول الحرة يمنع نكاح الأمة وهو أن الحر يملك ضربي عدد أنكحة؛ عدد ابتداء أربعة[٢] أنكحة علىٰ أربع نسوة ونكاحين بناء علىٰ امرأة واحدة بعد النكاح الأول، لأنه يطلقها ثم يتزوجها ثم يطلقها، ثم يتزوجها ثم يطلقها فلا يملك بعد النكاح الأول إلا نكاحين علىٰ ما شرع الله تعالىٰ للزوج من الطلاق والنكاح، ثم ضرب عدد الابتداء يتنصف برق الرجل فكذلك ضرب عدد البناء وجب أن يتنصف برقه.

وتأثيره: أنّ الرق يخل بصفة المالكية لأنّه لا يملك المال بعد الرق، والرجل هو المالك في الباب والمرأة كالمملوكة، فيزداد قبول النكاح برقها وينتقص برق الرجل، فلم يجز انتقاص[٣] حال النكاح برق المرأة، ثم الطلاق بناء علىٰ النكاح فإذا لم يبق نكاح لم يبق طلاق، ولأن في انتقاص الطلاق حجرا يلحق الرجل عن العقد، ورق المرأة يطلق لها[٤] بابا للمتعة كان مسدودا بالحرية وهو بملك اليمين فلم يجز أن يوجب حجرا، بل يضاف ذلك إلىٰ رق الرجل الذي سد عليه باب التملك[٥].

= وعدتها حيضتان» وفي إسناده عمر بن شبيب وعطية العوفي وهما ضعيفان، وصحّح الدارقطني والبيهقي الموقوف، ولفظه عندهما: «إذا طلّق العبد امرأته تطليقتين، فقد حرمت عليه تنكح زوجا غيره حرّة كانت أو أمة، وعدّة الحرة ثلاث حيض، وعدّة الأمة حيضتان». انظر: تلخيص الحبير (٤٢٩/٣).

[١] «ص» (والمعنىٰ ما مرّ).

[٢] «س» (وأربع)، والمثبت من «ص».

[٣] «أ» (ينتقص).

[٤] «أ»، «ن» (تطلق لنا).

[٥] «أ» (التمليك).

ولا يلزم الأمة الكتابية فإنه لا يجوز نكاحها فإن رقها غير مانع وإنما المانع الغنية بنكاح المسلمة، كما لا يجوز نكاح الأمة المسلمة مع طول الحرة لا لرقها ولكن لغنية الرجل عنها بالمال الذي يوصله إلى الحرة على ما مر في تلك المسألة، ولا يلزم ما يملك المرء من الأنكحة بفراق غير طلاق، فإنّ الرقّ لا يغيره[١] لأنا عللنا للمشروع[٢]، والفراق[٣] بغير طلاق غير مشروع أصلا، لا يوجد إلا بعارض أمر لم يشرع، ولأنا جعلنا الحكم ينصف[٤] الأنكحة[٥] وهذا يقتضي عددا معلوما ليمكن تنصيفه، وملك الأنكحة بفراق سوى الطلاق لا نهاية له فلا يمكن التنصيف.

ألا ترى أن الرق ينصّف الحدود التي تقبل التنصيف، ولا ينصف القطع في السرقة لأنه لا يقبل، ولأن الطلاق تصرف مملوك للرجل والتصرف المملوك لإنسان قط لا يقع الحجر عنه بحال العاقد[٦] معه، وإنما يقع بحالة كما في ملك اليمين، أو نقول إنه سبب حجر في الجملة عن الطلاق فيعتبر بالرجل[٧] قياسا على الجنون فإنه سبب حجر عنه ويعتبر بجنون الرجل دون المرأة.

وأمّا علماؤنا ﵏، فإنهم احتجوا بقول الله تعالى: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ [الطلاق: ١] أي كل الطلاق لأطهارهن[٨] في العدة على ما ذكرنا، فدل ظاهر الآية

[١] «أ»، «ن» (يعتبره).

[٢] «ص» (لأنّه المشروع).

[٣] «ص» (والرق).

[٤] في «أ»: (بنصف).

[٥] «س» (الحكم) والمثبت من «أ».

[٦] «أ» (المعاقد).

[٧] «أ»، «ن» (بالرق).

[٨] «أ»، «ن» (بأطهارهن).

أن أعداد الطلاق بقدر أعداد الأقراء، وكذلك النبي ﷺ قال لعبد الله بن عمر رضي الله عنهما: «السنة أن تستقبل[١] الطهر فتطلقها لكل قرء تطليقة»(٢) ولن يتصور ذلك إلا أن يكون عدد الطلاق بقدر عدد الأقراء، ولأن الخصم وافقنا على أن السنة تفريق الطلاق على الأقراء، وإنما خالفنا في الإباحة، ومتى ثبت أن محل إقامة هذه السنة الأقراء لا بد أن تكون الأقراء بحيث يسعها كل الطلاق أو يفضل عليها، وعلى مذهبه: الحر يملك على الأمة ثلاثا[٣] وعدتها قَرآن فلا يسع[٤] لإقامة هذه السنة.

وقد حاج عيسى بن أبان رحمه الله الشافعي بهذه الحجة في هذه المسألة(٥)، وكان من مذهبه في القديم أن الثلاث جملة بدعة فرجع لما ألزم وقال[٦]: الثلاث جملة مباح ليتقصّى[٧] عن الإلزام بأن يجعل العدة محلا للثلاث مشروعة، وخالف إجماع الصحابة رضي الله عنهم فيما رجع إليه، ولم يتقص[٨] عن العهدة فإن الثلاث متفرقة سنة بالإجماع فلا بد أن تكون العدة بحيث تكون محلا لها لما شرع[٩] التفريق فيها.

وعن ابن عمر وعائشة رضي الله عنهم عن النبي ﷺ: «طلاق الأمة ثنتان وعدتها

---

[١] في «أ»: (تقبل) ويبدو أنه زاد في حاشية «أ» (كل).

(٢) سبق تخريجه.

[٣] «ص» (ثلاث تطليقات).

[٤] «ص» (ولا يتسع).

(٥) انظر: «المبسوط» (٦/ ٤٠).

[٦] «أ» (فقال).

[٧] «أ»، «ص» (ليقصى).

[٨] «أ»، «ن» (ينقص).

[٩] «ص» (سن).

حيضتان»(١)، فقوله: طلاق الأمة: عبارة عن كل طلاقها وثنتان تفسير لذلك، كقولك دراهمي عشرة، وعبيدي خمسة، وكقوله: وعدتها حيضتان، وفيه دليل على أن النقصان كان لمعنى في المذكور وهو الأمة، ولأن النص لا يجوز تعليله بمعنى ليس فيه، والعبد غير مذكور فيما نحن فيه.

وأما المعنى من طريق التحقيق: فما مر في مسألة الطول[٢] وهو أن كل الطلاق مشروع لتفويت الحل الذي به تقبل المرأة أسباب حل الوطء وإثبات ضده من الحرمة التي تثبت بالرضاع والمصاهرة[٣]، إلا أنها مؤقتة، وفي الرضاع والمصاهرة مؤبدة، وقد ذكرنا ثمة أنّ[٤] هذا الوصف وهو الحل للحرة في حكم ضعف حل الأمة، وحل الأمة على النصف، تنصف[٥] برقها كما تنصف حل العبد برقه، وإذا صار على النصف فات بنصف ما يفوت به حل الحرة وهو تطليقة ونصف، إلا أنه لا يتجزأ فصار ثنتين[٦] ولا عبرة لعدد الأنكحة على التحقيق لأنها تتكرر على المرأة ما دامت حلالا، وإذا صارت حراما لم يقبل العقد أصلا، فوجب صرف العناية إلى هذا الوصف ثبوتا وزوالا.

ثم الخصم أبى نقصان الحل برق الأمة، وثبوت الحجز عن العقد برقها وأضاف كله إلى رق العبد، ونحن سوينا بينهما ونصفنا الحل حكما برق كل واحد منهما من الوجه الذي يقبل التنصيف مما يتعدد، وقد مر تحقيقه في مسألة

---

(١) سبق تخريجه.

[٢] «ص» (طوا الحرة).

[٣] «ص» (عن المصاهرة).

[٤] «أ» (ثمرات).

[٥] في «أ»: (بنصف).

[٦] «أ» (ثنتان).

الطول، وكذلك قد ذكرنا في تلك المسألة أن الرقيق في النصف الباقي من الحل القابل للعقد يضاهي الحر من كل وجه لأنه نصف ذلك الحل حكما والتنصيف من جانب العبد بأن لا يقبل الإنكاح[١] امرأتين، والحر يقبل أربعا، فوجب أن يكون العبد كالحر فيما بقي، وحين كان حرا كان يملك على امرأتين ست تطليقات فكذلك الآن، والعبد لا يملك على أمتين تزوجهما إلا أربعا بالإجماع، وعلى الواحدة تطليقتين[٢] فعلمنا أن الحر لا يملك إلا ذلك، وهما استدلالان قويان، فيعتبر الرقيق في النصف[٣] القابل[٤] من الحل بالمحرم، وفي النصف الباقي من الحل بالمحلّل حال الحرية لأنه ذلك بعينه ولم يتغير من حيث المالكية بالرق، لأنه لا يؤثر فيما ليس بمال، وملك النكاح ليس بمال، ولو كان في حكم المال لما ملكه العبد كما لا يملك سائر الأموال وإن ملك، وكذلك الأمة تعتبر بالعبد في تنصف الحل من جانبها بالرق على ما حققنا في مسألة الطول.

والدليل على وجوب اعتبار معرفة الحل دون عدد الأنكحة: أيضا أن الطلاق لم يوضع إلا لقطع ملك النكاح، وما وضع لتحريم نكاح جديد، لأنه من حيث اللغة إرسال، وما للإرسال تأثير في منع التقييد ثابتا بدليله، فثبت أن حرمة الأنكحة تبتنى على معنى آخر تحته، وهو ثبوت الحرمة التي علقت بالرضاع والمصاهرة، كالشراء لما لم يوضع إلا لجلب الملك، ثم ثبت العتاق[٥] بشراء الأب وجب طلب معنى آخر تحته للعتق وهو الملك، حتى إذا وجد الملك ولا[٦]

---

[١] في «أ»: (إلا نكاح).
[٢] في «أ»: (تطليقة).
[٣] في حاشية «أ»: (العام).
[٤] «ص» (الباقي).
[٥] «ص» (عتق).
[٦] في «أ»: (ولأن).

شراء ثمة عتق، وإذا وجد الشراء بلا ملك لم يعتق.

وكذلك المرأة هاهنا إذا حرمت بلا طلاق كالرضاع لم تقبل العقد، وإذا طلقت بلا حرمة كالمطلقة واحدة قبلت العقد.

ولأنّا اعتبرنا الظاهر من الأحكام فهو حجة لنا، وذلك لأن الطلاق تصرف يملك بملك النكاح فيساوي[١] العبد الحر[٢] فيه قياسا على الإظهار[٣] والإيلاء والوطء، وكل تصرفات[٤] تملك بملك النكاح، وهذا لما ذكرنا أن الرق لا يؤثر في المالكية وراء المال، وإذا لم يؤثر بقي على ما كان عليه في الحرية إذا وجد سبب الملك فإنه حال الحرية ما كان يملك بلا سبب يصح، وسبب هذا الملك ملك النكاح وقد صح له فيساوي الحر فيه.

❊ فإن قيل: الحر بملك[٥] تزوج أربع نسوة، والعبد لا يملك، وأنه ليس بمال.

❁ قلنا: نحن ضمنا للتسوية بينهما إذا ساواه في السبب، وسبب حل يتسع لأربع نسوة الحرية وقد عدمها العبد هذا كما كان رسول الله ﷺ يتزوج تسعا دون الأمة، لأن سبب ذلك الحل كان النبوة[٦] وكما لا يجد العبد إلا نصف ما يجد الحر، لأنّ سبب تكامل الجناية نعمة الحرية فعظمت جنايته فيها وقد فقد من العبد ذلك فلم تكمل العقوبة أيضا.

---

[١] «أ» (فساوى).
[٢] «س» (الحر العبد) والمثبت من «أ»، «ص».
[٣] في «أ»: (الظهار).
[٤] «ن» «ص» (تصرف).
[٥] في «أ»: (يملك).
[٦] «س» (ذلك الحل كان سببه النبوة) والمثبت من «أ»، «ص».

❊ فإن قيل: سبب ملك ثلاث تطليقات نكاح في حال الحرية أيضا.

۞ قلنا: الآن يحتاج إلىٰ بيان أنّ النكاح الواحد يزداد حكما بحرية الرجل فيما يوجب له من التصرفات المتعددة كما بينا[١] نحن في باب[٢] الحد وملك عدد الأنكحة، علىٰ أنّا ذكرنا أن الأثر بالحرية في تكامل هذا الوصف حكما حتىٰ كان للحر ضعف ما للعبد، فيصير العبد والحر سواء في النصف الباقي فلم يصح هذا السؤال، وهذا كالأمة من رسول الله ﷺ فإنه لم يحل لهم، إلا بعض ما حل لرسول الله ﷺ ثم الأمة ساووا رسول الله ﷺ في ملك عدد التطليقات فيما بقي لهم من الحل وملكوا من العدد.

وكذلك عدد الأنكحة حجة لنا لأن جميع ما يملك الحر من عدد الأنكحة ابتداء أربع[٣]، وجميع ما يملكها بناء[٤] ثمانية علىٰ كل امرأة نكاحين فيتنصف[٥] برق العبد فلا يملك ابتداء إلا ثنتين ولا بناء إلا أربعا، وعندك لا يملك بناء إلا ثنتين فلا يكون علىٰ النصف، وهذا هو الصحيح فإنّك اعتبرت في الابتداء كل الأنكحة علىٰ النساء فكذلك في البناء يعتبر كل الأنكحة علىٰ النساء لا علىٰ امرأة واحدة.

وكذلك إن اعتبرت عدد التطليقات، فالحر[٦] يملك علىٰ جميع النساء إذا كن حرائر ثنتي عشرة تطليقة فوجب أن يملك العبد نصفها ست تطليقات، وعندك

---

[١] «ص» (قد بينّا).

[٢] «أ» (بينا في كتاب) وفي حاشية «أ» (بينا في باب).

[٣] «ص» (أربعة).

[٤] زاد في «أ»: (امرأتين). أقرب ما يظهر منها

[٥] «أ»، «ص» (حتىٰ يتنصف).

[٦] «أ»، «ص» (والحر).

لا يملك إلا أربعا، والعبد لا يملك على أمتين[١] إلا أربعا[٢] فوجب أن لا يملك الحر عليهن إذا كن إماء إلا ضعفها ثمانيا، وهذا كله مذهبنا وهو الصحيح في اعتبار الكل بالكل والبعض بالبعض فوجب أن يتنصف، ولا يمكن التنصيف في باب عدد النكاح برق المرأة، لأن المرأة قط لا يتصور عليها نكاحان أو ثلاث، والواحد لا يقبل التنصيف في نفسه فلا يتنصف بالرق كما لم يتنصف من الحدود مالا يقبل التنصيف كالقطع في السرقة، وإنما يظهر التنصيف برقها فيما تملكه المرأة بحكم النكاح مما يتعدد كالقسم، أو عليها يملك كالعدة، والطلاق مما يملك عليها وهو متعدد فيظهر التنصيف برقها فيها أيضا.

فأمّا الجواب عن حديثهم[٣]: «**الطلاق بالرجال**»(٤)، فإنه خبر غريب لا يقبل في معارضة ما روينا، أو نقول: الطلاق بالرجال ملكا ومباشرة، والخلاف في العدد، وعن الآخر: إنه غريب أيضا، والمشهور ما روينا، على أن قوله: «**يطلق العبد ثنتين**»(٥) إخبار عن فعل، والإخبار عن فعل تطليقتين لا ينفي الزيادة إنما يوجب وجود ذلك المقدار لا غير، كقولك: فلان يملك درهمين، يصح وإن كان يملك ثلاثة، وإنما ينفي الزيادة مثل هذا الكلام بدلالة الحال، وما ذكرنا بيان منا لجميع الطلاق نصا فيكون أولى منه عند ثبوت المعارضة.

---

[١] «ص» (نسائه الإيماء).

[٢] «ص» (أربع تطليقات).

[٣] «أ» (قولهم).

(٤) سبق تخريجه.

(٥) رواه عبد الرزاق في مصنفه (٧/٢٢١/ برقم ١٢٨٧٢) وسعيد بن منصور في سننه (٧/٢٢١/برقم: ١٢٨٧٢) بلفظ: «ينكح العبد ثنتين، ويطلق تطليقتين»، وصحّحه ابن الملقن في «البدر المنير» (٨/٢٢١).

وأمّا الجواب عن المعنى الأول[١]، فإنا لا نسلم أن عدد الأنكحة على امرأة واحدة محصورة، فإنه يتزوجها إلى أن تحرم، والحرمة تثبت بأسباب، وإن سلمنا فقد ذكرنا أن ذلك حجة لنا[٢].

وأما التأثير فجوابه ما مرّ أن الرق إنما يؤثر في صفة المالكية في حق المال لأنه صار مملوكا مالا، فأما فيما عدا المالية فمالك كما كان متى صح سبب الملك لا خلل فيه بوجه.

وأما قوله: رق المرأة يطلق بابا لها للمتعة بها فلا يسد بابا كان منفتحا، فإن هذا يستقيم إذا لم يكن بين الباب الذي انفتح والذي كان تناف، وبين انفتاح باب المتعة بملك اليمين وملك المتعة تنافي لا يجتمعان، بل إذا انفتح بملك اليمين بطل الآخر، فإن من اشترى امرأته فسد النكاح، فجاز أن يقال: إنها لما صارت عرضة للمتعة بها بالمالية اختل كونها عرضة ومحلا بالنكاح ولم تبق على تلك[٣] الجملة، ولأن الاستباحة بملك النكاح نعمة وازدواج واشتراك، والاستباحة بملك اليمين قهر واستذلال فلا يكون زيادة على النعمة، بل قيل ما كان نعمة يتنصف بالرق لأن الكمال كان متعلقا بنعمة الحرية كما في جانب العبد.

وأما الثالث: فالحجر مرة يثبت بأحوال المالك مع قيام أصل الملك، ومرة يثبت لمعنى في المحل بأن لا يقبل التصرف، كالعصير يتخمر والعبد يأبق، وهاهنا المرأة محل هذا العقد على ما عرف، فيقع الاختلال بسبب المحلية فإنها كانت محلا بالحل، وهذا الوصف يختل بالرق على ما مرّ.

---

[١] «ص» (وعن المعنى الأول).

[٢] «ص» (وإن سلمنا فهو حجة لنا على ما ذكرنا).

[٣] «أ» (ملك).

دل عليه: أن الاختلاف في مقدار عدد التصرف، وهذا المقدار قط لا يعتبر بحال الرجل بل يعتبر بالمحل المملوك فيما يبتنى[١] نفاذه على الملك إذا اتسع ملك المالك أعدادا بقدره، وإذا تضيق ملك بقدره.

ألا ترى أن من ملك عشرة أعبد ملك عشرة من العتاق، وإذا ملك عبدا لم يملك إلا واحدا، وقد ذكرنا أن نكاح الحرة في معنى نكاح أمتين فلذلك[٢] لم يساو ملك الزوج على الأمة بحكم ملك النكاح ملكه على الحرة كما لا تساوي أمتان أمة واحدة، والله أعلم.

وعلى هذا جميع التصرفات في الملك من الإجارة والبيع والهبة، فإن المالك إنما يملك بقدر المملوك واتساع محل الملك، والله أعلم. ولأن الحل الذي يقع بملك النكاح يكون مشتركا بين الرجل والمرأة.

ألا ترى أنه يجب على الزوج العدل في القسم بين نسائه، والذي يقع بملك اليمين لا يقع مشتركا، بل هو خالص حق المولى حتى لم يجب عليه العدل في القسم بين إمائه.

|٦٨٥| مسألةٌ: ثم الطلاق عندنا نوعان، بائن وغير بائن.

وقال الشافعي(٣) رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى الطلاق نوع واحد، وبائن لغو غير عامل والبينونة لا تقع إلا بعوض، أو حكما لسقوط العدة أو[٤] لثبوت حرمة غليظة

[١] «أ» (يتبين).

[٢] «أ» (نكذلك).

(٣) انظر: «الأم» (٥/١١٧).

[٤] في «أ»: (و).

كما بالثلاث.

والمسألة أن من قال لامرأته: أنت طالق بائن، أو بائن ونوى طلاقا، هل يعمل قوله بائن شيئا أم لا؟ عندنا يعمل في الإبانة في العدة، وقطع خيار الرجعة، وعنده لا يعمل، ومذهبنا مذهب علي وزيد بن ثابت رضي الله عنهما ومذهبه مذهب عمر وعبد الله بن مسعود رضي الله عنهما(١).

وحاصل الجواب أن كل لفظ يوجب الحرمة أو القطع لغة، فإن الزوج يملك قطع النكاح به كالتحريم[٢] والإبانة والتخلية إذا نوى به طلاقا وما لا يوجب القطع لغة لا ينقطع به النكاح إلا بما قاله الشافعي رحمه الله، كقوله[٣]: طلقتك واعتدي واستبرئ رحمك وأنت واحدة، ولقب المسألة: الكنايات بوائن أم لا؟

وهذا اللقب مستقيم على أصل الشافعي رحمه الله، فإن هذه الألفاظ عنده تصير كناية عن لفظ الطلاق فتقوم مقامه وتعمل عمله، فأما على أصلنا فهذه الألفاظ عاملة بنفسها وحقيقتها إذا أريد بها الطلاق لا أن تقوم مقام الطلاق.

ألا ترى أن الاختلاف ثابت فيما إذا قال لها: أنت طالق بائن، فقوله بائن عامل عندنا بصريحه[٤] لا كناية عن غيره بوجه، بل تثبت به زيادة صفة للطلاق، وهي البينونة حتى إن[٥] قوله: اعتدي، لما لم يوجب بصريحه[٦] بينونة لم يثبت

(١) رواه عبد الرزاق في «مصنفه» (١١١٧٤)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (١٥٠٠٧).
[٢] «س» (بالتحريم) والمثبت من «أ»، «ص».
[٣] «أ» (كقولك).
[٤] في «أ»: (تصريحة).
[٥] «ص» (وعلى أن).
[٦] في «أ»: (تصريحه).

بها فرقة ، وإنما يقال هذه الألفاظ كنايات الطلاق من حيث[١] أن قوله: بائن اسم مشترك يحتمل ضروب بينونة فلا يعمل حتى تتعين البينونة عن النكاح ، وذلك بأن يريد طلاقا ، فأما بعد التعين كان عاملا بحقيقته من إيجاب[٢] الإبانة لا بمجازه وقيامه مقام لفظ الطلاق ، فلما لم يكن موضوعا لقطع النكاح عينا سمي كناية .

وقال الشافعي(٣) رحمه الله: هذه الألفاظ لا تعمل بحقيقتها لكن مجازا عن الطلاق ، مثل كنايات العتاق وكنايات النكاح عندكم مثل الهبة والبيع والتمليك[٤] ، واحتج فيه بقول[٥] الله تعالى: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ﴾ الآية ، ذكر الطلاق بغير بدل وشرع بعده الرجعة ، وذكر الطلاق ببدل ولم يذكر الرجعة وذكر الثلاث وذكر أنها لا تحل له ، فمن قال: إن الطلاق بغير بدل يقطع الرجعة فقد خالف [الآية][٦].

ولأن الله تعالى ما ملّك الزوج قطع النكاح في كتابه إلا بطلاق ، وذلك[٧] هو النص الموضوع لهذا القطع لغة ، وهو المتعارف لسانا فصار هو حقيقة وغيره مجازا عنه ، ثم الأصل لا يوجب قطعا للنكاح في العدة إلا بعوض أو حرمة فكذلك المجاز عنه ، لأن أقصى درجات المجاز أن يعمل على[٨] الحقيقة .

ولأنه لما تبين أن السبب القاطع في الشرع لم يجعل قاطعا إلا بعوض أو

---

[١] «ص» (من حيث تصريحه).

[٢] «ص» (إضمار).

(٣) انظر: «الأم» (٥/٣٥٩).

[٤] «ص» (كالهبة ونحوها).

[٥] «أ» (فالحجة للشافعي قول).

[٦] ما بين [ ] ليس في «س» ، «أ» ، والمثبت من «ص» .

[٧] «س» ، «أ» (كذلك) ، والمثبت من «ص» .

[٨] «أ» ، «ن» . (عمل).

مضي العدة أو إثبات الحرمة، لم يملك الزوج تغيير حكمه بعبارة أخرىٰ عنه تنص علىٰ القطع، ولا يضم وصف[١] آخر إليه ينص علىٰ القطع كإزالة ملك اليمين إلىٰ غيره بغير شيء[٢] لما كان الأصل فيه الهبة، وأنها لا تزيل إلا بتسليم بعد العقد لم يتعجل الزوال بعبارة أخرىٰ عنها تنص علىٰ الإزالة للحال كقولك: ملكتك هذا المال للحال، ولا بضم وصف ينص علىٰ الإزالة للحال، كقولك: وهبت لك هذا الشيء هبة توجب الملك حالا قبل القبض، وهذا لأن العبد لا يملك تغيير حكم الشرع، والأحكام بكل سبب ثبت شرعا علىٰ وجه فلا تثبت به إلا كذلك، وكذلك إذا أعار داره إعارة لازمة لم تلزم ولم تصر كالإجارة، لأن من حكم الإعارة أنها لا تلزم فلم[٣] يتغير حكم الشرع بنا، وكذلك عندكم شراء مالم يره يوجب الخيار وإن شرط[٤] البتات، وعندنا يجب خيار المجلس وإن شرط[٥] البتات لأنه خيار ثبت شرعا، وصار من حكم البيع إلا أن يصير بالعبارة سببا آخر كقولك: وهبته لك[٦] بألف فيملك عندي للحال، لأنه يصير تبعا وعبارة [أخرىٰ][٧] عنه مجازا، وكذلك في باب الطلاق، إذا قال: طلقتك بمال، بانت للحال لأنه يصير معاوضة فيكون غير [الأول][٨]، كالبيع والهبة، ولأن صريح الطلاق لا يوجب قطعا في العدة بنفسه

---

[١] «ص» (وصفا).

[٢] «أ»، «ن». (الشيء).

[٣] «أ» (فلا).

[٤] «س» (شرطا)، والمثبت من «أ»، «ص».

[٥] «س» (شرطا)، والمثبت من «أ»، «ص».

[٦] «أ» (له).

[٧] ما بين [ ] ليس في «س» «ص»، والمثبت من «أ».

[٨] ما بين [ ] ليس في «س» والمثبت من «أ».

فالكناية عنه أولى، لأنها دونه حتى لم تعمل إلا ببيان إما بنية أو دلالة حال، وهذا لأن العدة عن النكاح في الشرع منع[١] الطلاق أن يعمل عمله إلا بعد المدة كعدم الرؤية في باب البيع عندكم، ولا معنى لقولكم: إن الطلاق وقع في ضمن قوله بائن، فلا يجوز أن يلغو صريحه لأن الخلاف ثابت في قوله: أنت طالق بائن، والطلاق واقع في ضمن بائن، ولأنا لا نوقع الطلاق في ضمن بائن بل نجعل[٢] قوله بائن عبارة عن طالق على سبيل المجاز عنه، لأن الطلاق مبين إما عاجلا قبل الدخول وإما آجلا بعده، ومتى صار اللفظ مجازا عن غيره سقطت حقيقته في نفسه، وكان الرجل في هذا بمنزلة امرأة قال لها زوجها: طلقي نفسك، فقالت: أبنت نفسي، أو أنا بائن، فإنها تطلق تطليقة رجعية بلا خلاف، لأنها لم تملك إلا طلاقا، وبائن إنما عمل على سبيل العبارة عنه مجازا لا على حقيقته، فكذلك الزوج لأن الله تعالى ما ملكه الإبانة على حقيقتها، وما شرع له ذلك، ولذلك[٣] يقول لامرأته ولم يدخل بها[٤]: اعتدي ونوى طلاقا بانت، ولا تجب العدة[٥].

دل عليه[٦]: إجماعهم(٧) على أن من طلق امرأته بعد الدخول ثبت له خيار الرجعة، فثبت أنه حكم الطلاق في هذه الحالة، ولو قال الزوج: أسقطت الخيار لم يسقط، فثبت أنه لم يجعل إليه إسقاطه، فكذلك إذا قال أبنت تلك التطليقة،

---

[١] «ص» (مانعة).

[٢] «أ»، «ن». (ونجعل).

[٣] «أ»، «ن» (وكذلك).

[٤] «ص» (قبل الدخول بها).

[٥] «أ» (عدة).

[٦] «أ» (عليهم).

(٧) انظر: «الاشراف على مذاهب العلماء» (٥/٣٧٨).

لأنه لا يستفيد بقوله أبنت إلا إسقاط الخيار وهي شبهة قوية ، فالمسألة مما اختلف فيها كبار الصحابة رضي الله عنهم فحصل الآن أن الكناية[١] غير مشروعة للزوج نصا من الله تعالىٰ أو من رسول الله ﷺ علىٰ حقيقتها فلا يملكها الزوج إلا علىٰ سبيل العبارة عن الطلاق مجازا ، كما جوزتم النكاح بالهبة وألفاظ التمليك علىٰ سبيل أنها مجاز عن النكاح لا أن تثبت حقيقتها بوجه.

ولعلمائنا رَحِمَهُمُ اللهُ تَعَالَى: أن أكثر ما ذكره الخصم راجع إلىٰ أن لا دليل علىٰ كون الإبانة مشروعة للزوج علىٰ حقيقتها فإن الآية التي تليت[٢] نزلت لبيان أحكام صريح الطلاق بلا وصف إبانة ، وكذلك الاستدلال إنما وقع بصريح الطلاق بلا صفة البينونة أنه لا يخلو عن خيار الرجعة فلا يتغير حكم الشرع بنا ، وأنه لا يتغير طلاقا متىٰ وقع طلاقا بدون صفة البينونة ، والكلام وقع في أن هذا الوصف مملوك للزوج إثباته بملك النكاح أم لا ؟ وأنهم لم[٣] يقيموا الدلالة علىٰ أنه لا يجوز أن يكون مملوكا له وإنما ذكروا أنه لا دليل في الشرع علىٰ ملكه ، والاحتجاج بلا دليل ساقط للإلزام ، فتبقىٰ دعوانا أنها مملوكة للزوج فلا يلتزم[٤] منا إلا بحجة ، والحجة أن الطلاق في الأصل شرع للإبانة عن وصلة النكاح ، وكان هذا الحكم ثابتا به بنفسه وضعا وشرعا ، فإنه قبل الدخول يقع بائنا ، وبعد الدخول إذا انقضت العدة ، وكذلك بعد الدخول قبل نزول خيار الرجعة وكذلك بعد الدخول يقطع بعوض.

ألا ترىٰ أنه قد شرع لإسقاط الملك بلا تمليك بوجه فكان يجب أن يستوي

---

[١] «س» ، «أ» (الإبانة) ، والمثبت من «ص».

[٢] «ص» (ثبتت).

[٣] «أ» ، «ن» (لا).

[٤] «أ» (يلزم).

الحكم فيه قبل القبض وبعده، وبعوض وغير[١] عوض كالعتاق سواء، وإذا كان الطلاق للإبانة في أصله كان وصف المالك لهذا التصرف بالإبانة[٢] مملوكا له أيضا، لأنه ملائم لوصفه ومؤكد لحكمه.

ألا ترىٰ أن من ملك البيع مطلقا ملك أن يصف بأنه باتٌّ، ومن ملك الوقف ملك أن يقول مؤيدا، وكذلك يجب أن يملك الإيقاع بلفظ الإبانة لأنه بمعنىٰ قوله: طالق[٣] بائن بلا تفاوت، والشرع لا يحجزنا عن التكلم باللغات، وإنما الشرع لتغيير الأحكام دون اللغة.

ألا ترىٰ أن العبارة عنه تجوز بكل لغة، فكذلك بلغة أخرىٰ لم ينطق به الكتاب من لغة العرب، فثبت أن وصف الإبانة للطلاق مملوك للزوج حكما للملك الذي كان به ملك الطلاق.

وكذلك الإيقاع بلفظ الإبانة والتحريم فإن إبانة الطلاق تحريم لا بينونة أخرىٰ، وإذا صار مملوكا له نفذ حكمه مالم يرد عليه حجر شرعي أو تغيير لحكمه وتبديل إلىٰ جهة أخرىٰ لا تفهم من اللغة.

ثم التبديل الثابت بحكم صريح الطلاق بخيار الرجعة لا يدل علىٰ ثبوته فيما نحن فيه، لأن أصل الطلاق يحتمل معنىٰ قيام النكاح، فإن من تزوج المطلقة صارت منكوحة ولم يرتفع الطلاق الأول ولا انقطع أصل حكمه، فإنها متىٰ طلِّقت ثنتين حرمت حرمة غليظة لقيام[٤] الأول وكانت مطلقة منكوحة، وكذلك

[١] «ص» (وبغير).
[٢] في «أ»: (بالإباحة).
[٣] «ص» (أنت طالق).
[٤] «أ»، «ن» (بقيام).

مع خيار الرجعة بقيت مطلقة منكوحة، ومع صفة الإبانة والتحريم لا يحتمل قيام النكاح، لا يقال حرام حلال بائنة عن زوجها منكوحة، وهذا كالبيع يزيل الملك بنفسه، ويحتمل خيارا لمنع[١] الإزالة، ومع قيام صفة البتات لا يحتمل الخيار لأنّهما ضدان، وكما لم[٢] يتغير حكم الطلاق بعوض، وهذا لأن للطلاق حكما آخر غير قطع النكاح، وهو إثبات الحرمة المنافية لملك الوطء إذا تم ثلاثا فيستقيم بقاؤه مع قيام النكاح للحكم الآخر، وما للتحريم حكم غير[٣] زوال النكاح المحلل إذا أريد بالتحريم حرمة زوال الملك.

وهذا كقولنا: الناس، يحتمل معنى الخصوص، وإذا قيل: الناس كلهم، لا يحتمل الخصوص، لأنه ما للزيادة المؤكدة لمعنى الجمع حكم إلا رفع معنى احتمال الخصوص، فكذلك صفة الإبانة للطلاق أو التحريم ماله حكم سوى زوال أصل الملك الذي يثبت الوصلة والحل.

❁ فإن قيل: العدة غيرت[٤] حكم النكاح فصار غير محتمل للقطع إلا بعوض أو بالحرمة الغليظة، وغير العوض ليس بنظير للعوض فإنه أقوى.

❁ قلنا: إن ملك النكاح بعد الدخول يحتمل الإسقاط في العدة بعوض، فكذلك بغير عوض، لأن الإسقاطات المملوكة بحكم الملك لا تفترق[٥] بين العوض وغير العوض كالعتاق والإبراء عن الدين والعفو عن القصاص.

---

[١] «ص» (يمنع).
[٢] في «أ»: (لما).
[٣] «ص» (سوى).
[٤] في «أ»: (غير)، وفي حاشية «أ» (غيرت).
[٥] في «أ»: (لا تفرق).

والقياس الصحيح أن لا يبقى له الخيار في العدة إذا طلق بالصريح، وإنما ثبت[١] شرعا بخلاف القياس فلا يجوز قياس غيره عليه، ولا يجوز على سبيل الاستدلال به لما ذكرنا أن صفة الإبانة مؤكدة لحكمه، فالتغير[٢] بدلالة مغيرة بلا تأكيد لا يدل على التغيير مع المؤكد كالعموم يتغير إلى الخصوص بإرادة المتكلم بدون كلمة التأكيد، ومع التأكيد لا يحتمل التغير، فصار الحرف نوعين من الكلام:

أحدهما: أن وصف الإبانة مملوك للزوج.

والثاني: أنه مع هذا الوصف ليس بنظير للطلاق المطلق، بل للمطلق حكمان: التحريم لقطع الملك، والتحريم الغليظ متى تم ثلاثا فيحتمل[٣] الخصوص إلى أحدهما مع نفاذه في نفسه بدلالة شرعية، وما للتحريم احتمال أن لا حرمة، فلا يستقيم ورود الشرع بإبقاء الحل مع صحة التحريم ونفاذه.

والثاني: أن بقاء الحل مع نفاذ الطلاق أمر ثابت بخلاف القياس فلا يجوز القياس عليه، وإذا كان كذلك لم يصر هذا من الزوج تغييرا لحكم الشرع من الخيار، فإنه لم يكن في الأصل وما[٤] ثبت حيث ثبت إلا خاصا بلفظ الطلاق، وإن القياس الصحيح أن يملك الإزالة بغير عوض في العدة كما ملك بعوض، فالإسقاطات[٥] بناؤها على هذا بخلاف التمليكات، فإن الشرع فرق بين التمليك

---

[١] «أ»، «ن» (يثبت).

[٢] «أ»، «ن» (والتغيير).

[٣] «أ» (فيحمل).

[٤] «أ» (ولا).

[٥] «ص» (فإنّ الإسقاطات).

بعوض[١] وبغير عوض في الأصل ، فلا يملك المالك تبديل حكم الشرع ، وهاهنا سوىٰ في الأصل فيكون المصير إليه تقريرا لحكم الشرع .

وليس هذا كشراء شيء لم يره علىٰ أنه لازم ، فإنه لا يلزمه لأن الشرع جعل جهالة الوصف مانعة من اللزوم بيعا ، وهاهنا ما جعل الدخول مانعا من الإبانة طلاقا ، فإنه بعوض يبيّن[٢] ، وهذا مثله فيما هو إسقاط ، وليس الزوج كالمرأة التي فوض إليها الطلاق لأنها لا تتصرف بحكم الملك بل بحكم الأمر فلا تملك زيادة لم تدخل تحت الأمر ، وقد ذكرنا أن في الإبانة زيادة منافية للخيار حتىٰ علىٰ ما أمرها الرجل بذلك ، وأما الزوج فيتصرف بحكم الملك ولم يكن في الإبانة زيادة تصرف علىٰ ما ملك قبل نزول خيار الرجعة بل كان تقريرا لحكم الشرع فملك النوعين جميعا ، ثم التبديل جاء طارئا في أحدهما فبقي الآخر علىٰ ما قبل نزول الشرع .

❊ فإن قيل: أليس الإبانة مكروهة عندكم ؟

۞ قلنا: نعم أصل الطلاق مكروه عندنا علىٰ ما مر ، وسعينا لنجعل الوصف كأصله ، ثم إنما أبيح أصله بعارض وبدلالات علىٰ العارض بينها الشرع ، ومقدار فيبقىٰ علىٰ الكراهة وراء ذلك كما كره الثلاث والثنتان ، وفي الحيض بخلاف القياس شرعا ، وما ثبت بخلاف القياس شرعا لم يجز قياس غيره عليه ووجب قصر الحكم علىٰ المنصوص عليه بعينه ، وإذا وجب ذلك بقي حكم قوله بائن علىٰ[٣] أصل القياس ، وهو أن يكون مساويا للإسقاط ببدل ، فتبين أن الخصم إن

---

[١] «س» (بغير عوض) والمثبت من «أ».

[٢] «س» ، «أ» (شيء).

[٣] «ص» (عند).

لم يقس فقد احتج بلا دليل وإن قاس قاس على المعدول به عن القياس بعد ما بينا الفرق بين موجب الطلاق وبين الطلاق[١] البائن[٢]، وإن الاستدلال الصحيح معنا، والله أعلم.

[٦٨٦] **مسألةٌ**: إذا طلق امرأته طلاقا رجعيا ثم قال لها: جعلت التطليقة بائنة أو ثلاثا صح عند أبي حنيفة ﵀.

وقال أبو يوسف ﵀: لا يصح[٣].

وقال محمد ﵀: تصح الإبانة ولا تصح الثلاث.

أما أبو يوسف ﵀، فإنه يقول: خيار الرجعة حكم مطلق الطلاق على ما بينا ثبت كذلك شرعا فلا يملك العاقد تغيير حكم الشرع على ما قرره الشافعي رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى بخلاف ما إذا قال ابتداء: أنت طالق بائن لأن مطلق الطلاق لم يقع وإنما وقع طلاق بوصف، والخيار ليس من حكمه على ما بينا. ألا ترى لو صرح فقال: أسقطت خيار الرجعة لم يصح بخلاف البيع بشرط الخيار فإنّه يلحق[٤] بالباب لأنّ الخيار ليس من حكم العقد بل هو حكم الشرط، وإنما ثبت بشرط العاقد حقا له فملك إسقاطه وهذا حكم الطلاق فثبت لازما عليهما، لأن أحكام الشرع لا تثبت إلا لازمة، وإنما لنا الخيار في مباشرة الأسباب، فأما بعد المباشرة فالأحكام تلزمنا على ما شرعت شئنا أو أبينا.

---

[١] «ص» (موجب الطلاق).

[٢] في «أ»: (الثاني).

[٣] «ص» (ولم يصح عند أبي يوسف).

[٤] في «أ»: (يلتحق).

وأما محمد رَحِمَهُ ٱللَّهُ ، فإنه يقول ـ وهو قول أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ في البائن[١] ـ: إن الطلاق يحتمل هذا الوصف ، وإثباته مملوك للزوج ، فإنه[٢] لو قال ابتداء: أنت طالق بائن صح كذلك ، وبالإطلاق خرج عن ملكه أصل الطلاق دون الوصف ، فملك إثبات الوصف ، فكان تصرفا في العلة لا في الحكم علىٰ ما مر كما إذا باع علىٰ أنّه بالخيار فإنّه لم يخرج عن ملكه وصف البيع وهو[٣] البتات[٤] فملك إثباته من الوجه الذي يملكه[٥] ابتداء فإنما بقي له ذلك الذي كان يملكه[٦] ابتداء فكذلك[٧] هاهنا.

فأما قول أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ إن حكم الشرع لازم فكذلك ، وذلك لطلاق[٨] مطلق لا طلاق[٩] بائن وأن لا يصير الطلاق بائنا ليس بلازم لما ذكرنا أن إثبات هذا الوصف كان مملوكا له ابتداء ، وبقي[١٠] في ملكه حتىٰ إذا قال: أسقطت الخيار لم يسقط لأنه لازم ما بقيت عليه علىٰ حالها ، وكان في هذا مخالفا لخيار[١١] الشرط فإنه ثبت بشرط قصد له لا حكما كبيع[١٢] مطلق فسقط[١٣]

---

[١] «أ» ، «ن» (الثاني).
[٢] «أ» ، «ن» (وإنّه).
[٣] «أ» (وهذا).
[٤] في «أ»: (الثبات).
[٥] «أ» (ملكه).
[٦] «أ» (ملكه).
[٧] «ص» (فللذلك).
[٨] في «أ»: (الطلاق).
[٩] في «أ»: (لطلاق).
[١٠] «أ» (فبقي).
[١١] «أ» ، «ن» (بخيار).
[١٢] «س» ، «أ» (لبيع) والمثبت من «ص».
[١٣] «أ» (يسقط).

بمسقط قصد له، وهذا الخيار ثبت حكما لطلاق مطلق فلا يسقط ما بقي الطلاق مطلقا لما ذكره أبو يوسف ﷺ ولكن يسقط بإلحاق الوصف بالطلاق كما لو ثبت ذلك ابتداء فهذا موضع[١] الشبهة، فإن أبا يوسف ﷺ ظن أن الخيار لازم، حكم[٢] من الشرع[٣] لا محيص عنه فيصير مانعا من إثبات صفة الإبانة، وعندنا غير مانع لأنه حق ثبت له لا عليه فلا يحجزه عما كان له في الأصل ولأن الواحدة لا تحتمل أن تكون ثلاثا.

فإذا[٤] جعلها ثلاثا لغا جعله، ألا ترىٰ في الابتداء لو قال لها: أنت طالق، ونوىٰ ثلاثا لم يصح لأنه لا يحتمله، ولو قال ثلاثا وقع غير ما يقع بقوله: أنت طالق، وتحتمل الواحدة البينونة كما بعد انقضاء العدة، وكما لو قال ابتداء: أنت طالق [بائن][٥] لم يقع بقوله بائن تطليقة أخرىٰ بل كانت صفة له، وكل أصل يحتمل وصفه، ولأبي حنيفة ﷺ أنّ الواحدة[٦] لا تحتمل الثلاث بنفسها، ولكن تصير ثلاثا بضم ثنتين إليها فيصحح كلام العاقل من الوجه الذي يصح.

ألا ترىٰ أنه لو قال [لها][٧] في الابتداء: أنت الثلاث ونوىٰ طلاقا وقعن وهي لا تتصف بالثلاث، والتطليقات تتصف بذلك فصححت[٨] من الوجه

---

[١] «ص» (موضوع).

[٢] في «أ»: (حكما).

[٣] «أ»، «ن» (حكما من أحكام الشرع).

[٤] «أ» (فأمّا إذا).

[٥] ما بين [ ] ليس في «س» والمثبت من «أ».

[٦] «أ» (الواحد).

[٧] ما بين [ ] ليس في «س» والمثبت من «أ».

[٨] «أ»، «ن» (فصحت).

الذي يحتمله، فجعلت الثلاث عبارة عن التطليقات التي لم يذكرها وكذلك[١] الواحدة إذا جعلت ثلاثا بتطليقتين لم يذكرهما، وكذلك الطلاق المطلق عن صفة الإبانة لا يحتمل هذه الإبانة لما ذكرنا أنها غير ما يوجبه الطلاق بل هي زيادة على ذلك كما لو جعلها بعوض، ومع ذلك صح إيجابها كما في الابتداء لا من طريق بيان ما احتمله اللفظ ولكن من طريق أنها عرضة لقبول هذا الوصف بزيادة موجبة، فكذلك الواحدة عرضة لقبول زيادة العدد بما يوجب الزيادة، والله أعلم.

[٦٨٧] مسألةٌ: إذا قال [الرجل][٢] لامرأته: أنت واحدة ونوى طلاقا صحت.

وقال الشافعي(٣) رحمه الله: لا تصح، لأن الواحدة صفة ذاتها، وهي لا تحتمل طلاقا فلغت النية، كما إذا قال لها: أنت قاعدة ونوى طلاقا.

إلا أنا نقول: قوله واحدة[٤] تحتمل صفة لها وتحتمل صفة[٥] للتطليقة، أي: أنت تطليقة واحدة، إلا أنه أضمر التطليقة وأقام الوصف مقام الموصوف كما يقال: أعطيته جزيلا أي عطاء جزيلا، فإن الجزالة صفة العطاء لا الاعطاء، وكقولنا[٦]: طلقتها ثلاثا أي طلاقا ثلاثا، فإن التطليق لم يكن ثلاثا، فثبت أن هذا

---

[١] «أ» (فكذلك).

[٢] ما بين [ ] ليس في «س» والمثبت من «أ».

(٣) انظر: «الحاوي الكبير» (١٠/١٦١)، «نهاية المطلب» (١٤/٩٣).

[٤] «ص» (ولنا أنّ الواحدة).

[٥] «أ» (وصفة).

[٦] «ص» (وكقوله).

جائز في كلام العرب، فإذا أراد الإضمار من هذا الوجه كان صحيحا فصار كما لو قال لها: أنت تطليقة واحدة، ولو قال هكذا ونوىٰ طلاقا صح، فإنها بنفسها لا تكون تطليقة ولكن تكون طالقا تطليقة فتصير تطليقة قائمة مقام طالق[١] فتنعت نعته كما في قولك: أعطيته جزيلا أي عطاء جزيلا، والله أعلم.

|٦٨٨| مسألةٌ: إذا قال لامرأته: ليست لي بامرأة أو ما أنت لي بامرأة، ونوىٰ الطلاق صحت النية عند أبي حنيفة ﵀، وقالا: لا تصح، لأنه جحود، كقوله: لم أتزوجك، إلا أنه يقول: هذا اللفظ يحتمل الإنكار ويحتمل القطع للحال، لأنه يستقيم أن يقول: لست لي بامرأة لأني لم أتزوجك، ولأني طلقتك فإذا نوىٰ أحدهما صحت النية كما لو قال لها: لا نكاح بيني وبينك، والله أعلم.

|٦٨٩| مسألةٌ: إذا قال لامرأته: إن دخلت الدار فأنت بائن ونوىٰ طلاقا، ثم أبانها ثم دخلت الدار طلقت أخرىٰ.

وقال زفر ﵀: لا تطلق، لأن المعلق بالشرط يصير عند وجود الشرط مرسلا، ولو أرسل عنده فقال: أنت بائن لم يعمل[٢] فكذلك إذا وجد الشرط، وقياسا علىٰ ما بعد انقضاء العدة.

ولنا: أن اليمين بالطلاق قد صحت[٣] بالإجماع حتىٰ لو دخلت الدار قبل

---

[١] «ص» (تطليقة).

[٢] «أ» (تطلق).

[٣] «أ»، «ن» (صح).

الإبانة بانت بتطليقة ، وبائن[١] متىٰ صح[٢] طلاقا كان كقوله: أنت طالق بائن علىٰ ما مر ، ولو أرسل عند الشرط فقال: أنت طالق بائن وقع[٣] ، فكذلك[٤] إذا حنث والمعلق بالحنث[٥] طلاق بائن بخلاف ما لو قال لها للحال: أنت بائن فإنه لا يعمل لأن محل وقوع البينونة فائت فلغا الإيجاب في غير محله ، وإذا لغا لم يصح إرادة الطلاق به ، وإذا لم يصح لم يصر كقوله: أنتِ طالق بائن ، ولو علق بالشرط إبانة بلا نية طلاق لم يقع إذا وجد شرطه ، والله أعلم.

|٦٩٠| مسألةٌ: إذا قال الرجل لامرأته: أنت طالق أو اعتدي ونوىٰ ثنتين أو ثلاثا لم يصح عندنا.

وقال الشافعي(٦) ﷺ: يصح ، وكذلك لو قال لها: أن مطلقة أو طلقتك ونوىٰ ثنتين أو ثلاثا[٧].

أما الشافعي ﷺ ، فإنه يقول[٨]: نوىٰ ما يحتمله لفظه فيصح كما لو قال لها: أنت بائن ونوىٰ ثلاثا ، أو قال لها: طلقي نفسك ونوىٰ ثلاثا ، أو أنت طالق الطلاق ، أو قال: طلاقا ونوىٰ ثلاثا ، أو أنت طالق للسنة ونوىٰ ثلاثا ، ولا شك فيه بعد الاحتمال وإنما الشبهة في الاحتمال ، فالدليل علىٰ أن قوله طالق يحتمل

[١] «أ» ، «ن» (وثاني).
[٢] «ص» (كان).
[٣] «ص» (علىٰ ما مر صح).
[٤] «أ» (وكذلك).
[٥] «ص» (بالشرط).
(٦) «الأم» (٥/٢٦١) ، «الحاوي الكبير» (١٠/١٦١ ـ ١٦٢).
[٧] «أ» ، «ن» (ثلاثا أو ثنتين).
[٨] «ص» (واحتج الشافعي).

الثنتين والثلاث أنها تتصف بهذا الوصف[١] ثنتين وثلاث وواحدة ، كما يكون مضروبا بضرب وعالما بفنون علم ، فصفة[٢] العبد مما يحتمل العدد .

ألا ترىٰ أنه يستقيم أن يقول ثلاثا أو ثنتين تفسيرا لما احتمله قوله: أنت طالق ، والدليل علىٰ أنه تفسير أن أهل النحو قالوا: إنه نصب علىٰ التفسير ، والتفسير أبدا إنما يستقيم بما يحتمله اللفظ ، وكذلك الرجل يسمع الرجل طلق امرأته فيقول لم يطلق ولو كان لا يحتمل العدد لما استقام استفساره بكم ولأنه لا فرق بين أن يقول[٣]: طالق وبين أن يقول طالق طلاقا ، وطلاقا احتمل العدد حتىٰ صحت نيته[٤] ، فكذلك وإن سكت عنه لأن النعت لا يخلو عن المصدر إذ الاسم ضارب لا يخلو عن الضرب ، وكذلك مضروب وعالم لا يكون بغير علم .

ولأن قوله: طلقي ، أمر من: طلقتك ، فلما احتمل: طلقي ثلاثا لم يستقم أن لا يحتملها قوله: طلقتك ، ولأن طلقي لما احتمل ثلاثا[٥] استحال أن لا يحتمل ثنتين ، وهما بعض الثلاث .

ولأنكم تقولون إذا قال لها: أنت بائن ونوىٰ ثلاثا صح ، ولا فرق في اللغة بين بائن وطالق ، إذ كل واحد منهما نعت علىٰ صيغة واحدة .

وقولكم: أنت طالق وصف ، والوصف لا يحتمل العدد خطأ ، لأن الوصف هو الطلاق ، وطالق نعت ، يقال: طالق بطلاق كما يقال: عالم بعلم ، فيكون العلم

---

[١] «ص» (الطلاق).

[٢] في «أ»: (بصفة).

[٣] «ص» (قوله).

[٤] «أ» ، «ن» (بنية).

[٥] «أ» ، «ن» (الثلاث).

هو الوصف والطلاق متعدد اثنان وثلاث[١] فيحتمل[٢] العدد، والعالم قد يكون بعلوم فيتعدد صفة العلم.

[٦٩١] **مسألةٌ**: ولهذا قال زفر ﵀ في بائن: إنه إذا نوىٰ ثنتين صح، لأن نية الثلاث صحيحة بالإجماع، فكذلك نية الثنتين ضرورة، لأنهما من الثلاث، وكل شيء احتمل الكثير احتمل بعضه ضرورة، ولأن البينونة متنوعة[٣] غليظة وخفيفة وواسطة، وكذلك الحرمة[٤]، فأي ذلك نوىٰ صح، فأما التطليقة فلا تتنوع حكما.

ولعلمائنا ﵏[٥]: أنه نوىٰ ما لا يحتمله لفظه فلغت نيته، كما لو قال لها: زوري أباك ونوىٰ طلاقا، أو اشتري لي لحما، أو اسقيني ماء من خارج، أو حجي، وهذا لا شك فيه، وإنما الشبهة في بيان أنه لا يحتمله.

فالدليل عليه: ما قاله محمد ﵀ أنه كلمة واحدة فلا يحتمل التثنية والتثليث، كما لو قال: أنت طالق تطليقة ونوىٰ ثنتين أو ثلاثا لأنه خلاف ما قال لا[٦] بيان[٧] ما احتمله.

---

[١] «أ»، «ن» (بثنتين وثلاث).

[٢] «أ» (ويحتمل).

[٣] «ص» (متبوعة).

[٤] «ص» (الجهة).

[٥] «ص» (ولنا).

[٦] «س» (ما) والمثبت من «ن»، «ص».

[٧] في «أ»: (لإثبات).

ومعنى قوله: كلمة واحدة، أي: طالق نعت فرد، لأنها صفة للمرأة[١] الواحدة، فإنك تقول[٢] لاثنتين[٣] طالقان ولثلاث[٤] طوالق، ولما كان الوضع للواحدة لم يحتمل غيرها، والاثنان غيرها، كقولك: زيد وعمرو وأشباه ذلك من الأسماء، فإن من قال زيد وقال: أردت ثلاثة[٥] كان لغوا، وهذا أيضا لا شك فيه، والخصم إنما صحح النية في الطلقات لا طالق، فإنها بالنية لا تصير ثنتين، ولكن طلاقها يصير طلاقين، وهذا لا يصح عندنا لأن الطلاق غير مذكور، والنية لا تصح فيما لم يذكر، إنما النية بيان لما احتمله لفظه[٦] الخارج منه، فإذا بين بالنية ما ليس في لفظه لم يصح.

فأما قوله: إنها تنعت بطالق بتطليقة[٧] وتطليقتين فغير صحيح، بل تنعت بطالق بالطلاق الذي هو مصدر، كما ينعت المضروب بالضرب لا بالمرة أو المرات، لا عبرة بالعدد لإثبات صفة الفعل بل العبرة بتحقق[٨] الفعل وهو الإيقاع في مسألتنا هذه، وإنه[٩] مستغن عن العدد في تصوره، ولكن على اتفاق الحال قد يكون واحدا أو أكثر.

ثم هذا المصدر لا يحتمل العدد أيضا، ولو صرح به فقال: أنت طالق طلاقا

[١] «أ»، «ن» (المرأة).
[٢] «أ»، «ن» (لا تقول).
[٣] «ص» (للمرأتين).
[٤] «أ»، «ن» (والثلاث).
[٥] «أ» (ثلاثا).
[٦] «أ»، «ن» (لفظ).
[٧] «أ» (وبتطليقة).
[٨] «أ» (لتحقيق).
[٩] «ص» (فإنه).

ونوى ثنتين لا يصح فكيف[١] إذا لم يصرح به، ولكن قوله: طالق، يقتضي طلاقا لا محالة، والنية لا تعمل في المقتضى. ألا ترى أنه إذا[٢] قال لها: زوري أباك أو اسقني من خارج ونوى طلاقا لم يصح ولا بد لها من ذهاب، ولو قال لها: اذهبي ونوى طلاقا صح، ومتى ثبت الذهاب مقتضًى لم يصح، فكذلك فيما نحن فيه أيضا.

❁ فإن قيل: ذكر[٣] الزيادة أو السقي لا يقتضي ذهابا ولكن البعد عن الماء أو المرور اقتضى ذهابا، والنية تعمل في مقتضى اللفظ لأنه من نفسه فأمّا[٤] في مقتضى الحال فلا لأن حال الأمر ليست من الأمر في شيء.

❁ قلنا: قد علمت من مذهبنا أن المقتضى لا عموم له ولا يصير قط كالملفوظ لأنه يثبت ضرورة اللفظ، فإنه لا يصح بدونه فيثبت بقدر ما ترتفع به الضرورة وتلك في أن يصح الملفوظ، فأما فيما عداه فلا يكون ثابتا فلا يبقى ثابتا في حق النية لأن الملفوظ مما يصح بدون نية الثلاث، ولأنه متى تلفظ بالطلاق بالثلاث[٥] لم يقع[٦] بقوله طالق بل بالمصدر، حتى إذا ماتت قبل ذكر الطلاق الثلاث لم تطلق، وإذا[٧] سكت على طالق طلقت كما قاله، فثبت أن المصدر غير ثابت في لفظه كالذهاب في قوله: حجي، غير ثابت في لفظه وإنما يثبت[٨] في فعلها.

[١] «ص» (فكذلك).
[٢] «ص» (لو).
[٣] في «أ» (ركن)، وفي حاشية «أ»: (ذكر).
[٤] «أ»، «ن» (وأمّا).
[٥] «أ»، «ن» (الثلاث).
[٦] «أ»، «ص» (يطلق).
[٧] «أ» (يطلق).
[٨] في «أ»: (ثبت).

[٦٩٢] مسألةٌ: وعلى هذا قال علماؤنا رحمهم الله فيمن حلف لا يأكل ونوى مأكولا دون مأكول: لا تصح نيّته[١]، والأكل يقتضي مأكولا، ولو حلف لا يأكل مأكولا ونوى التخصيص صحت نيته بينه وبين ربه[٢]، لأنه ثبت مقتضى فثبت في حق أن يصح ما تلفظ به من الأكل، فأما في حقّ النية فكأنه غير ثابت، وأنه نوى ما ليس في لفظه.

وكذلك لو حلف لا يخرج ونوى مكانا دون مكان لم يصح، ولا بد من ذلك لأن الأمكنة غير ملفوظ بها، ولو نوى السفر من ذلك صح، لأن فعل الخروج في الشرع نوعان سفر وما دونه، لأن أحكامها مختلفة، فإذا نوى أحدهما كان تخصيصا لما تلفظ به، والعام يحتمله فصحت نيته بيانا.

وعلى أصل الشافعي رحمه الله المقتضي له عموم كالملفوظ به، فيرجع المسألة إلى ذلك الفصل، وقد بيناه في كتاب تقويم أصول الفقه(٣).

❁ فإن قيل: فما معنى هذا التفريع، والاختلاف ثابت فيما إذا قال لها: أنت طالق طلاقا، ونوى ثنتين، فإنه لا يصح عندكم.

❁ قلنا: طلاقا لا يحتمل العدد أيضا، لأنه اسم لمسمى غير العدد، أي[٤] مصدر من فعل، وهو غير العدد ولكن من حيث هو اسم لجنس الطلاق يحتمل الخصوص والعموم، كالماء والعدل اسم لجنس العدول، فإن نوى كل الطلاق

---

[١] «أ»، «ن» (بنية).

[٢] «ص» (فيما بينه وبين الله لأنّ المأكول ثبت في الفصل الثاني بنص كلامه واحتمل التخصيص في الفصل الأول).

(٣) انظر: «تقويم الأدلة في أصول الفقه» (ص: ١٣٦).

[٤] في «أ»: (أو).

صح ، وهو ثلاث ، فنية الثلاث نية كل الطلاق فلذلك يصح ، فأما نية الثنتين فنية العدد فلم يحتمله الاسم الموضوع لعين أو حالة ، لا لفعل ، لأنه غير العدد حتى إذا كانت المرأة أمة ونوى ثنتين صح عندي ، لأنهما كل طلاقه[١] ، إلا أنه إذا لم ينو انصرف إلى أقل ما ينطلق عليه الاسم لأنه اسم لجنس الطلاق ، والأصل ذلك في أسماء الأجناس ، كما إذا حلف لا يشرب الماء أنه يحنث بقطرة واحدة ، ولو نوى الكل صح ولم يحنث أبدا ، وقد بينا ذلك في تقويم أصول الفقه(٢).

وعلى هذا قولنا في قوله: طلقي، لأنه أمر بالفعل باسم سمَّاه، وهو التطليق ، وهذا الاسم يحتمل الكل والبعض ، وعند الإطلاق ينصرف إلى أقل ما ينطلق عليه الاسم ، كاسم الجنس ، على ما بينا في تقويم أصول الفقه(٣).

فإذا نوى الثلاث صحت النية لأنها نية كل ذلك الفعل ، فأما العدد مرة ومرتين وتكرارا فلا يحتمله الأمر ، وعلى هذا لفظ الطلاق يحتمل الكل والبعض ولا يحتمل ثنتين ، فأما إذا لم يذكر شيئا من هذا إلا طالق لم يحتمل طالق كل الطلاق ولا كل الفعل ولا عددا ولا شيئا من ذلك ، لأنه نعت للمرأة فلم يحتمل عموما فيها ولا خصوصا.

فيكون هذا الكلام حجة لنا عليهم بعد ما سلمنا أن المقتضى كالملفوظ ، فإنا لم نصحح نية العدد بعد التلفظ بالطلاق.

وعلى هذا قلنا فيما إذا قال لها: أنت بائن ونوى ثلاثا أنه يصح[٤] ، ولا

---

[١] «ص» (طلاقها).

(٢) انظر: «تقويم الأدلة في أصول الفقه» (ص: ٤٢).

(٣) انظر: «تقويم الأدلة في أصول الفقه» (ص: ٤٢ ـ ٤٣).

[٤] «ص» (لم يصح).

تصح نية الثنتين، لأن[١] اتصافها بالبينونة ضربان حكما، بائن لا تحل إلا بزوج آخر، وبائن تحل بالعقد للحال، فإذا نوىٰ إحدىٰ البينونتين صحت وإذا لم ينو ثبت الأقل، كالخروج الذي مر، فأما اتصافها بالطلاق فلا يتنوع حكما لأن المطلقة تحل بالعقد، وإنما لا تحل إذا كانت ثلاثا لأنها تصير محرمة كما تصير بالمصاهرة والرضاع[٢] علىٰ ما مر، إلا أنها مؤقتة[٣].

وقوله: طالق، لا يستقيم كناية عن التحريم فإنّه وإن نوىٰ به التحريم لا يحرم ما بقيت العدة، فأمّا بائن فيستقيم كناية عن التحريم لأنها تحرم بالإبانة كما تحرم بالتحريم عندنا، وإذا لم يصر كناية عن التحريم لم يتنوع، فالحرمة هي: المتبوعة حكما حرمة بعقد ملك النكاح واليمين، وحرمة بزوال صفة الحل كما بالرضاع حتىٰ لا تحل له وإن كانت أمة واشتراها، فأما الطلاق نفسه بلا واسطة التحريم فما هو إلا نوع واحد حكما لا يوجب حرمة بسبب زوال الملك لا غير، وما لا يحسن فأنواعه إنما تعرف بالحكم والوصف.

ولا يلزم إذا قال لها: أنت طالق للسنة ونوىٰ ثلاثا صح[٤]، نوىٰ ثلاثة[٥] جملة أو متفرقة علىٰ الأقراء لأن النية صحت في قوله: للسنة، دون قوله طالق.

وقوله: للسنة، عبارة عن بيان وقت الوقوع حتىٰ لو لم ينو شيئا وكانت حائضا لم تطلق حتىٰ تطهر، ووقت الوقوع أنواع في الشرع، وقت بدعة ووقت

[١] «ص» (إلا أن).
[٢] «أ»، «ن» (بالرضاع والمصاهرة).
[٣] «ص» (أنّه مؤقت).
[٤] «ص» (صحت).
[٥] «أ»، «ن» (ثلاثا).

مستحب، وكلا النوعين عرفا بالشرع، فإنا لم نعرف وقوع الطلاق في وقت نهينا[١] عنه إلا بالشرع فكلا الوجهين مشروعان[٢] في الأصل وإن كان أحدهما مقرونا بنهي والآخر لا، فإذا نوى أحدهما صحت نيته على ما بينا أنه باختلاف الحكم تعرف الأنواع فيما لا يحسن، وإذا لم ينو انصرف إلى السنة المطلقة وهي المشروعة بلا نهي، فالنهي مشروع من وجه ممنوع من وجه، ومن حيث ممنوع فليس تحصيله بسنة كالصلاة في وقت نهينا عن الصلاة فيه، وكذلك صوم يوم النحر على أصلنا، وكذلك لو نوى بالسنة كل الوقت صح وهي ثلاثة أطهار فإنه[٣] يحتمل الكل والبعض لأنه اسم لجنس وقت الطلاق على ما قلناه.

فأما قوله: لو قال ثلاثا صح تفسيرا لقوله: أنت طالق، فلا كذلك، لأن قوله: أنت طالق مرفوع وإعراب الثلاث نصب، والتفسير يعرب[٤] بإعراب المفسر، تقول[٥]: مررت برجل زيد، ورأيت رجلا زيدا، فلما انتصب ثلاثا علم أنه إن سمي تفسيرا فتفسير لمفسر هو في محل النصب وهو المصدر[٦]، أي طالق طلاقا ثلاثا، إلا أنه سكت عنه اختصارا لأن اللفظ يقتضيه وتقام الثلاث مقامه، كما تقول: أعطيته جزيلا، أو أطعمته هنيئا، وجزيل صفة لا يصح[٧] إلا للإعطاء ولكن معناه، أعطيته عطاء جزيلا، وأطعمته طعاما هنيئا، وسكت عن ذلك، لأن اللفظ دل عليه وأقيم الوصف مقام الموصوف وأعرب إعرابه، وكذلك قال جماعة

---

[١] «ص» (فإنا نهينا).

[٢] «أ»، «ن» (مشروعا).

[٣] «ص» (فأمر).

[٤] في «أ»: (معرب).

[٥] «ص» (كذلك).

[٦] «أ» (والمصدر).

[٧] «ص» (لا تصلح إلا).

من النحويين: إن ثلاثا نصبٌ على المصدر، لأنه قام مقامه فأعرب إعرابه.

وكذلك قول القائل: كم طلق؟ استفسار عن عدد الإيقاع لا عن طالق. ألا ترى أنه إذا قال: ثنتين أو ثلاثا ازداد له علم بعدد الواقع من حكم فعله لا بكونها مطلقة فإنها في الأحوال طالق واحد كما كانت.

والدليل على أن الثلاث ليست بتفسير لقوله: طالق، أنه متى قرن ثلاثا بطالق بغير[١] حكم الإرسال، فإن حكمه أن تطلق المرأة بقوله: طالق، وإذا قال: ثلاثا لم تطلق إلا بقوله ثلاثا حتى إذا صادفها ثلاثا وهي ميتة وكانت حية عند طالق[٢] لم تطلق، فلما غير حكم الإرسال ومنع الوقوع به علم ضرورة أنه ليس بتفسير له، ولكن مغير من سنن إلى سنن كما لو قال: إن دخلت الدار، فإن الشرط لا يكون مفسرا بل يكون تغييرا، ولما صح القرآن به لما احتمل الكلام التغير إلى الثاني فكذلك ما نحن فيه، ثم لو أطلق ونوى تعليقا بشرط دون شرط لم يصح لأنه نوى ما ليس في لفظه، فكذلك هذا.

فهذه مسألة لا تعرف إلا بمعرفة تلك المسائل من أصول الفقه، من معرفة حكم اسم الجنس، والأمر بالفعل، والمقتضى، فهي[٣] مسائل ثلاث عليها تخرج هذه المسألة، والله أعلم.

[٤] فإذا عرفت هذا[٥] عرفت قوله: أنت مطلقة، لأنها وأنت طالق سواء

---

[١] «س»، «أ»، (يُغيِّرَ)، والمثبت من «ص».

[٢] «ص» (قوله طالق).

[٣] «ص» (فهذه).

[٤] في «ص» (مسألة).

[٥] «ص» (هذه الجملة).

وصف لها، وقوله: طلقتك، إيقاع وفعل من اللسان، كقولك: بعت هذا العبد لا أن تكون تسمية لشيء، والعموم والخصوص للأسماء المذكورة لا للفعل المفعول فِعلَ بدن أو لسان، وإنما قدّر الفعل بقدر الوجود لا يتصور غير ذلك، وكذلك قوله: طلقتك لأنّه إيقاع وإثبات لهذا الوصف للحال، وكذلك قوله: اعتدي لأنه إذا نوىٰ به طلاقا صار فعل إيقاع مجازا لا أمرا بفعل[١] فصار كقوله: طلقتك، والفعل واحد لا عدد له، وإنما احتمال العدد في التطليقات التي لم يذكرها كما في قوله: طالق، وكذلك قوله طلقتك لأنّه إيقاع وإثبات لهذا الوصف للحال.

وعلىٰ هذا التفسير صحح[٢] الشروع في المسألة، وهو أنّ قوله طلقتك أو أنت طالق إثبات نعت بالطلاق شرعا لا شك فيه، فلا يجوز أن يتعدد الوصف، والمثبت غير متعدد، وبالنية لم يتعدد أنت طالق ولا طلقتك، بخلاف قوله: أنت بائن ونوىٰ ثلاثا لأن الوصف حرمة هناك[٣] والحرمة لم تتعدد بل تعينت أحدهما[٤] عن الأخرىٰ، وهاهنا[٥] عندك يتعدد الوصف وهو التطليقات، وهناك لا تتعدد بينونات، وكذلك إذا قال لها: طلقي، أمر إياها بإثبات صفة الطلاق لها فلا يتعدد ما لم يتعدد الأمر وبالنية لا يتعدد لأن الأمر واحد منه فلا يصح نية الثنتين، وكذلك لا تملك أن تطلق نفسها مرة بعد مرة، وأما إذا نوىٰ ثلاثا فلم يتعدد ولكن انصرف من الخصوص إلىٰ العموم وهو بيان للفظ[٦] يحتمل العموم، والأمر بالفعل يحتمل عمومه، وكلمة: وأنت طالق وإن جعل عاما من حيث

---

[١] «س»، «أ» (صار فعل إيقاع لا أمرا بفعل مجازا) والمثبت من «ص».

[٢] «ص» (يصح).

[٣] «ن» (هنا).

[٤] في «أ»: (إحداها).

[٥] «ص» (وهناك).

[٦] «أ»، «ن» (اللفظ).

صيغته فلا يقتضي كل الطلاق لأنه إخبار عن وصف فيها فيكون عمومه وخصوصه في محله ، وفيما جعل اسما له لا في غيره فتكون طالقا بحرمة تعمها لا تخص بعضا منها ، وقد يحتمل الوصف في الجملة الخصوص ، فيقال: أسود وإن لم يعم السواد الشخص كله ، كالأمر[١] بالتطليق كان عمومه في فعل التطليق الداخل تحته لا في غيره.

فثبت أنه لا كلام يلوح للشافعي ﷺ إلا بعد أن يجعل المقتضي من الطلاق كالمنصوص عليه ثم يعمل النية في الطلاق ، ومتى سلم له ذلك في هذه المسألة لم تصح نية محض العدد الخالي عن نية التعميم لأنه تصرف فيما لم[٢] يتلفظ به ، لأن المنصوص عليه طلاق على هذا القول وهو ليس باسم لأعداد كالواحد والاثنين والثلاث[٣] ، ألا ترى أنك لا تسمي به إذا كان المعدود دراهم ، بل هو اسم لنوع تصرف مملوك لنا فإذا نوى الواحد والاثنين في اسم موضوع للتصرف لم يستقم.

ألا ترى إذا حلف لا يشرب الماء ولا نية له انصرف إلى البعض ، ولو نوى الكل صح ، ولو نوى قدحين أو ثلاثا أو شربتين أو ثلاثا لم يصح ، لأنه نوى العدد واسم الشرب لا يحتمل العدد ، وإن كان كل الماء لا يكون كلا إلا بأجزاء الجميع[٤] ، ككل الطلاق لا يكون إلا بأبعاض من الطلاق يجتمع كل[٥] بعض يسمى[٦] تطليقة ، وكل جزء من الماء قد يسمى شربة أو قطرة.

---

[١] «أ» (وكالأمر).

[٢] «ص» (يصرف مالم).

[٣] «أ» ، «ص» (والثلاثة).

[٤] «س» ، «أ» ، «ن» (تجتمع) والمثبت من «ص».

[٥] «س» ، «أ» ، «ن» (تجتمع) والمثبت من «ص».

[٦] في «أ» (سمي).

ولست أعرف في هذا الفصل خلافا، ومتى سلم لنا هذا الفصل لم يبق بينهما فرق، ومتى لم يسلم نقل الكلام إليه ففيه الكلام أوضح، ما يشكل على ذي بال أن العدد ليس مما يحتمله اسم الماء، وأنه اسم لمائع مخصوص لا لعدد غير معلوم. فصارت[1] لهذه المسألة شعبتان: إحداهما شعبة البناء على المقتضي هل يكون بمنزلة الملفوظ عنده يكون وعندنا لا يكون، والثانية أن نجعله ملفوظا كأنه قال: طلقت طلاقا هل يصح نية العدد وهل يحتمله أم لا، عنده يصح وعندنا لا يصح، والله أعلم.

|٦٩٣| **مسألةٌ**: ومن ألفاظ الطلاق: الخلع.

وقال الشافعي(٢) رحمه الله في قول: الخلع فسخ، ويرويه عن ابن عباس رضي الله عنهما(٣)، ولأن الخلع في اللغة فصل بين شيئين برد سبب الوصل لا بقطع مبتدأ، لأنك لا تقول خلعت[٤] الأديم أي قطعته، وتقول: خلعت الرجل عن الخف إذا أبطلت سبب الوصل بنزع الرجل[٥] منه، وخلعت العذار عن الدابة(٦)، فكذلك[٧] إذا خلع امرأته اقتضى فصلها[٨] عنه برد سبب الوصل لا قطعا مبتدأ للحال، لأن

---

[١] «ص» (فصار).

(٢) «الحاوي الكبير» (١١/٢٣٠)، «نهاية المطلب» (١٣/٢٩٢).

(٣) رواه عبد الرزاق في «مصنفه» (١١٧٧١)، وسعيد بن منصور في «سننه» (١٤٥٥)، وابن أبي شيبة في «مصنفه» (١٨٤٥١).

[٤] «ص» (فعلت).

[٥] في «أ» (الخف)، وفي حاشية «أ» (الرجل).

(٦) انظر: «لسان العرب» (٤/٥٥٠).

[٧] «أ»، «ن»، «ص» (وكذلك).

[٨] «ص» (بعدها).

الكلام لحقيقته حتى يقوم الدليل على مجازه، إلا أنا نحتج بحديث أبي ذر رضي الله عنه عن النبي ﷺ «المختلعة يلحقها الطلاق ما دامت في العدة»(١) ولا طلاق بعد الفسخ، وهو مذهب[٢] عمر وعلي وعبد الله بن مسعود رضي الله عنهم، وعن عثمان روايتان.

وأما[٣] المعنى فما مر في النكاح أنه لا يحتمل الفسخ من هذا الطريق، فإذا[٤] لم يحتمله ولم يمكن إثبات الفصل بحقيقته حمل على مجازه وهو فصل يقطع للحال والله أعلم.

---

(١) رواه سعيد بن منصور في سننه (٦/٣٨٦)، وابن أبي شيبة في مصنفه (١٠/٤٨/ برقم: (١٨٧٩٣).

[٢] «أ»، «ن» (قول).

[٣] «أ»، «ص» (فأمّا).

[٤] «أ» (وإذا).

القول في حكم الطلاق

|٦٩٤| [مسألةٌ]: قال علماؤنا رَحِمَهُمُ اللهُ تَعَالَى: الطلاق الرجعي لا يحرم الوطء ولا يقطع من ملك النكاح شيئا، ولكنه[١] يقع للحال موجبا للحرمة الغليظة إن تم ثلاثا لا محالة، وموجبا زوال الملك والحرمة معلقا بانقضاء العدة من غير رجعة، كالطلاق المضاف إلى شهر إن لم يفعل كذا يكون نفس الوقوع متعلقا بمضي الشهر[٢] شرط عدم ذلك الفعل، وخيار الرجعة ثبت له من حيث تعلقت الحرمة بانقضاء العدة شرط[٣] عدم الرجعة على معنى إن شاء راجع فأعدم[٤] شرط الحرمة فلم تثبت، وإن شاء لم يراجع فتجب[٥] الحرمة بالطلاق عند تحقق شرطه.

وقال الشافعي(٦) رضي الله عنه الطلاق يحرم الوطء لزوال الملك في حق الوطء حتى إذا وطئها قبل الرجعة غرم المهر، والخيار ثابت لبقاء أصل الملك حتى تمكن بأصل الملك من استدراك[٧] ما فات بالرجعة، والرد إلى أصل الملك بغير رضاها ولا مهر وولي وكذلك بغير شهود في قوله.

واحتج بقول الله تعالى ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ﴾ [البقرة: ٢٢٨] وحقيقة الرد

---

[١] «ص» (ولكن).

[٢] «ص» (الشرط).

[٣] «أ»، «ن» (بشرط).

[٤] «أ»، «ن» (وأعدم).

[٥] «أ» (فثبتت).

(٦) «الأم» (٥/٢٦٠)، و«مختصر المزني» (٨/٣٠٠)، «الحاوي الكبير» (١٠/٣١٠).

[٧] «أ»، «ن» (فثبتت) في «أ» (باستدراك).

لا تكون إلا بعد الزوال، ولأن هذا الخيار يسمي[١] خيار رجعة، والطلاق يسمى[٢] طلاقا رجعيا لأنه بقي حتى[٣] الرجعة، والرجعة والرد سواء فثبت أنه لا بد من زوال ليتصور الرد، والطلاق لا يرد بالإجماع فثبت أنه رد للملك، وأصله لم يكن زائلا فعلم أن الزائل قدر ما حرم الوطء به، بخلاف خيار شرط البيع فإنه للرد والملك باق للبائع، لأن قول الشافعي ﷺ فيه مختلف، ولأنه[٤] شرع لرد العقد لا الملك.

والمعنى فيه: أنه طلاق نافذ فيحرم الوطء قياسا على البائن[٥] وقبل الدخول، وهذا لأن الطلاق ما شرع إلا لقطع ملك النكاح فاستحال صحته نافذا من غير شيء من القطع.

ودل عليه: وجوب العدة فإنها لا تجب إلا قضاء لحق نكاح انقطع أو استبراء للماء وإنما يلزمها استبراء ماء الرجل بعد الحرمة، فأما حال الحل فلا معنى للاستبراء وبدليل ثبوت خيار الرجعة، ولا بد للرجعة والرد من خارج عن اليد يرد، ولما حلت له بالنكاح الأول من غير عقد جديد علمنا أنّ الأول أصله باق، فقلنا: لما حلت بالملك[٦] الأول من غير تجدد[٧] سبب علم أن الملك أصله لم يفت، ولما وجبت العدة ولم يعد إلى الحالة الأولى إلا برد ورجعة علم

---

[١] «أ»، «ن» (سمي).

[٢] «أ»، «ن» (سمي).

[٣] في «أ»: (حق).

[٤] في «أ» (لأنه) بلا واو.

[٥] «أ»، «ن» (الثاني).

[٦] «أ»، «ن» (بالمكان).

[٧] «أ»، «ن» (تجديد).

أن سببا من الملك زال فجعلناه زائلا في حق الوطء باقيا في أصله كالمكاتبة فإنها زائلة الملك في حق الوطء لا تحل، ولو وطئها غرم المهر لها، وأصل الملك قائم في الرقبة ويجوز ثبوت حرمة الوطء مع قيام أصل الملك كالمرأة تسلم وزوجها كافر، والملاعنة على أصلكم، والحائض والمعتدة عن وطء بشبهة، وإذا ارتدا معا [عندكم][١].

والذي دل عليه: أن هذا خيار رد ثبت حكما لخلل كخيار العيب وخيار الرؤية على أصلكم، وخيار الرجوع في الهبة فلا يمنع زوال الملك، وعلى عكسه خيار الشرط ولهذا غرم المهر بالوطء، ولهذا لم تثبت الرجعة بالوطء لأنه حرام فلا يكون سببا للملك، ولهذا قال في قول: لا رجعة إلا بشهود لأنها أشبهت ابتداء العقد، ولأن الله تعالى [يقول][٢]: ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق: ٢] فينصرف الأمر إلى ما سبق لأنه معطوف بعضه على بعض إلا ما خص بدليل.

ولعلمائنا: قول الله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ ۝ إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ﴾ [المؤمنون: ٥ ـ ٦] استثنى الأزواج من وجوب الحفظ فثبت أنه لا يجب، والزوجية قائمة لأن الزوج والبعل سواء لغة، والله تعالى سمى المطلقين بقوله بعد الطلاق الرجعي فقال: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ﴾ [البقرة: ٢٢٨] وقال أيضا ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ﴾ [البقرة: ٢٢٩] وأراد به الرجعة، والإمساك كف عن الزوال لا رد، فعلم أن الخيار ثابت له بين الحفظ[٣] عن

[١] ما بين [ ] ليس في «س» والمثبت من «أ»، وفي «ص» (على أصلكم).
[٢] ما بين [ ] ليس في «س» والمثبت من «أ».
[٣] «ص» (الرد).

الزوال وبين ترك الحفظ ليزول[١]، والرجعية[٢] تسمية مجازا على الصورة لأنه شرع[٣] بعد سبب الزوال، أو سمي رجعة لرد سبب الزوال.

والفقه في المسألة أن ملك النكاح باق مع الطلاق فيكون باقيا في حق الوطء حتى لا يحرم في نفسه ولا يجب المهر بفعله قياسا على ما بعد الرجعة والطلاق المعلق بالشرط، وهذا لأنا إذا فسرنا ملك النكاح لم نجد المملوك به إلا ما يستوفي بالوطء، على ما بيّنا في النكاح أنه لا يملك بالنكاح أجزاؤها ولا منافعها، وإنما المملوك به ما يستوفى بالوطء فذلك[٤] ملك لا يصير مقبوضا على الحقيقة إلا بالوطء، فيوصف بالملك أنه استوفاه حلالا، ولهذا سميت المرأة بأنها حلال الرجل فما هذا الملك إلا أنه محلل للوطء وما المملوك إلا ما استوفى بالوطء فيستحيل أن يسلم بقاء أصل الملك مع دعوى زوال الحل منه، وكون المستوفى غير مملوك مضمونا على الرجل[٥] ضمان ما ليس بملك له.

ثم الدليل[٦] على بقاء أصل الملك له: أنها تحل له بالملك الثابت بالعقد الأول بعد الرجعة، والرجعة ليست بسبب لملك جديد في[٧] الأصل، إذا[٨] لو كانت سببا لما أوجبت إلا بمهر كما في الابتداء، فإن المال[٩] شرط إبانة لحرمة

[١] «ن»، «ص» (عن الزوال وبين الترك حتى تزول).
[٢] «أ» (الرجعة).
[٣] «ص» «أ»، «ن» (شرعت).
[٤] «ن»، «ص» (وذلك).
[٥] «ن»، «ص» (عليه).
[٦] «ن»، «ص» (والدليل).
[٧] «أ» (من).
[٨] في «أ»: (إذ).
[٩] «أ» (الملك).

هذا الملك حتىٰ لم يثبت قصدا إلا بمال، وكذلك الشهود والولي ورضا المرأة إذا كانت ثيبا بالغة حرة عاقلة، وبدليل أن الطلاق البائن بمال يرد عليها، والاعتياض لم يشرع إلا بإزاء ملك النكاح، ولأن ملك النكاح ما يحتمل التمليك بحال والطلاق إسقاط[١] كالإعتاق والعفو عن القصاص، وما كان إسقاطا محضا لا يحتمل العود بعد السقوط بخلاف إبراء الدين فإنه يعود بالرد لأنه إسقاط من وجه تمليك من وجه، لأن الدين مال يحتمل التمليك والمديون يرث ما عليه ويبيع به شيئا فيملك ما عليه علىٰ ما بينا في موضعه، فقلنا من حيث أنه إسقاط تم بغير قبول ومن حيث فيه معنىٰ التمليك ارتد بالرد.

فأما ملك النكاح كملك القصاص لا يحتمل التمليك ويحتمل الإسقاط فتمحض إسقاطا بقدر ما سقط فلا يحتمل الرد ولأنّه وإن[٢] احتمل الرد لم يرتد إلا برد سببه كما في ملك اليمين وسببه الطلاق ولا يرتد، علم أن حكمه لا يرتد بنفسه لأن السبب يبقىٰ حكمه ما بقي، وهو زوال الأصل، وإذا بقي لا يثبت الملك[٣] الذي زال عنه إلا بسبب جديد، والله تعالىٰ سمي خيار الزوج إمساكا أو رجعة وردّا، فمن ادعىٰ سببا جديدا كان مخالفا، علىٰ أنا أبطلنا السبب الجديد.

❁ **فإن قيل**: إذا زوج المولىٰ أمته حرمت عليه وتحل له بالطلاق إذا طلقها الزوج[٤] بلا سبب جديد.

❁ **قلنا**: قيام ملك الرقبة سبب لملك المتعة إلا أن يخرجه عن ملك

---

[١] زاد في «أ»: (إليها).

[٢] «أ»، «ص» (إن).

[٣] «ن»، «ص» (الأصل).

[٤] «أ» (بطلاق الزوج).

بسببه[١] كقيام ملك الرقبة سبب لملك المنفعة إلا أن يخرجه عن ملكه بالإجارة، فإذا انقطع حكم الإخراج ملك الأول بالسبب القائم وأنه جائز أن يقال به في هاتين المسألتين لأن ملك الرقبة غير ملك المتعة والمنفعة؛ يتجزآن ثبوتا وزوالا، فجائز ثبوت ملك المتعة والمنفعة بلا ملك الرقبة وملك الرقبة بلا ملك المتعة[٢] كالعبد والبهيمة، وكذلك ملك الرقبة بلا ملك منفعة كالمكاتب، فلما[٣] تجزأ أمكننا القول لحرمة أحدهما باستحقاق جديد ورد عليه دون الأصل مع بقاء الأصل، فأما ملك أصل النكاح فلا يتجزأ عن ملك الوطء والحل على ما فسرناه[٤] أنه هو بعينه، فلا[٥] يمكن أن يقال بحرمة الوطء في نفسه مع بقاء أصل الملك بخلاف الحرمة بعدة الغير والحيض، لأن الوطء في نفسه حلال، وإنما يحرم الفعل لغيره من ماء الغير أو استعمال الأذى، على أن الحرمة في باب ملك اليمين مع بقاء أصل الملك تثبت بملك طارئ للغير كما في المنفعة[٦].

والطلاق يسقط حق الزوج ولا تملك المرأة شيئا من قبله على ما عرف، حتى يحرم بسبب ملك ورد على الوطء حتى إذا انقطع السبب ثبت الملك للزوج بالسبب الأصلي، إنما هذا سقوط فلا يحتمل العود وإن عاد لا يعود[٧] إلا بارتفاع السبب أو بسبب جديد، ولا يقال إنه غير الملك الثابت بالنكاح، لما ذكرنا أن

[١] في «أ»: (سببه).

[٢] «أ» (متعة).

[٣] في «أ»: (فلا).

[٤] «أ» (فسرنا).

[٥] «أ» (ولا).

[٦] «أ» (كما في الطلاق في اليد، والمنفعة).

[٧] «ن»، «ص» (لم يعد).

ملك النكاح ليس إلا المحلل للوطء والجاعل[١] للمستوفى به مملوكا له.

ولا يلزم مسألة اللعان والردة والمعتدة ووطء الصغير، لأن الملك ثمة باق في الوطء، والوطء حلال في نفسه حتى إذا وطء لا يغرم العقر ولا يسقط الإحصان ولكن يمنع[٢] من الاستيفاء لحقوق محترمة شرعا تصير مهتوكة بالوطء كوطء صغيرة لا تحتمل الوطء حرام لأنه يصير جناية، لا لأنه حرام من حيث أنه وطء، وكذلك مباشرة الوطء بعد الردة حرمت عقوبة حقا لله تعالى لا لأنه حرام في نفسه حتى إذا استوفى لم يغرم شيئا، وملك النكاح غير الاستيفاء، فالاستيفاء تصرف فيه فجاز أن يحرم الاستيفاء مع قيام الملك المحلل بعارض، وإنما أنكرنا قيام الملك مع كون الوطء في نفسه حراما لا لحق آخر.

❁ **فإن قيل**: حرم عندي[٣] لحق المرأة.

❁ **قلنا**: والطلاق ما شرع موجبا لها حقا في ملك النكاح، إنما شرع قاطعا للملك فتصير هي أحق بنفسها لحريتها عند زوال الملك[٤] المستحق، فأما الردة فمعصية فجاز أن توجب الحرمة عقوبة، ولأنه يضمن عندك ولا ضمان لملك نفسه.

❁ **فإن قيل**: إذا أتلف الرهن ضمن.

❁ **قلنا**: لا يضمن ملك نفسه، إنما يضمن ما تعلق به من الدين بقدره، وما تعلق بالطلاق للمرأة حق متقوم ليضمن وعلى هذا تخرج مسألة الكتابة لأن ملك الوطء يتجزأ عن ملك الرقبة فجاز الزوال بالكتابة مع بقاء ملك الرقبة.

---

[١] «ن»، «ص» (والحاصل).

[٢] «ص» (ولكنه منه).

[٣] «أ» (عندي حرم).

[٤] «أ» (ملك).

ودل عليه: أن الطلاق لم يشرع لتحريم الوطء الحلال في نفسه فإنه[١] لا يعمل في الإماء، وإنما شرع لقطع ملك النكاح ثم الحرمة تثبت بناء على زول الملك، كالعتاق[٢] ما شرع لتحريم الوطء حتى لم يعمل في المنكوحة إلا على سبيل المجاز عن الطلاق، فأما إذا أراد العتاق حقيقة فيلغو ولما لم يشرع حقيقة لتحريم الوطء وإنما يحرم الوطء في الأمة بناء على زوال ملك الرق، فقيل كل عتاق لا يزيل ملك الرق لا يحرم الوطء بحال، فكذا كل طلاق لا يزيل ملك النكاح لا يحرم بنفسه أيضا.

والدليل عليه: أن الطلاق مشروع بعد الطلاق في العدة، ولا يحرم شيئا ولو كان حكمه التحريم لم يقع إذا لم يحرم شيئا، كما لا يقع الخلع بعد الخلع، وكذلك الطلاق بمال بعد الطلاق بمال لأنه لقطع الملك وكان منقطعا، وكذلك العتق بعد العتق، وكذلك البيع بعد البيع لا يصح[٣] ما لم يرتفع الأول، فلما صح الثاني بعد الأول علم أنه لا يحرم شيئا للحال، والحرمة متعلقة بانقضاء العدة فصحّ كاليمين بالطلاق بعد اليمين بالمضاف بخلاف الكتابة فإنها شرعت لإزالة الملك عن المنافع والأطراف حتى إذا قطع طرفها غرم[٤] الأرش[٥]، والوطء بمنزلة استيفاء حرمتها على ما عرف فزال بالكتابة وإن لم يزل الرق في حق الرقبة، فثبت أنه لا طريق لهم إلا إثبات زوال الملك في حق الوطء، وأنه لا يثبت ما لم يثبت ملكين[٦] يتجزأ أحدهما عن الآخر، وأنه غير ممكن على ما

[١] «أ» (وإنه).
[٢] «س» (بالعتاق) والمثبت من «أ» «ن»، «ص».
[٣] «أ» (يصلح).
[٤] «ص» (ضمن).
[٥] «أ» (العقر).
[٦] «أ» (ملك من).

بينا[١]، وأشبه ملك النكاح ملك القصاص فإنه لا يملك بملك القصاص منافع القاتل ولا أجزاؤه ولا دمه، فإنه لو قتل كان الضمان له لا للأول، وإنما[٢] هو ملك محلل لقتله، وعلى أنه إذا قتله كان المستوفى به من الحياة مملوكا[٣] له فلا يمكن إثبات ملك القصاص والمستوفى مضمون على المالك ويجوز أن يبقى الملك ويمنع عن الاستيفاء إذا ادعى القاتل دفعا لحجته أو كان في المسجد حقا للمسجد ونحو ذلك.

ووجه آخر: أنه طلاق رجعي فيصح من غير إيجاب حرمة قياسا على الطلاق الثاني[٤] بعد الأول، فإنه لم يوجب حرمة بنفسه على ما بينا، وهذا لأن خيار الرجعة ثابت بهذا الطلاق[٥] بدليل أنه يسمى طلاقا رجعيا، وكما في العقود التي هي[٦] غير لازمة فالخيار يثبت لضعف العقد.

ولأنّ الله تعالى يقول: ﴿فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ﴾ [البقرة: ٢٢٩]، والفاء للوصل، فعلم أنه متعلق بالطلاق الذي سبق ذكره، ولأنا متى لم نضف إليه كان كخيار ابتداء أسباب الملك فلا يختص به أحد المتعاوضين بحال، ولا يكون خيار رجعة[٧] متعلق[٨] بالسبب المزيل بل ابتداء الأسباب تملك بولاية على نفسه، وإذا ثبت أنه خيار ثابت لقصور السبب لتدارك ما لزمه به كما في

---

[١] «أ» (قلنا).

[٢] «أ» (فإنما).

[٣] «س» (مملوكة)، «ن»، «ص» (ملك)، والمثبت من «أ».

[٤] «س» (الثاني)، والمثبت من «أ»، «ن»، «ص».

[٥] «ص» (الطريق).

[٦] «ص» (الرهن).

[٧] «أ» (الرجعة).

[٨] «أ» (متعلقا).

سائر[١] الخيارات في العقود أجمع ، ثم التدارك في مسألتنا لم يمكن برفع السبب لأنه لازم بعد الرجعة كما قبله ، وإذا بقي السبب لا بد أن يبقىٰ الزوال الأصلي الذي ثبت به[٢] ، وإذا بقي لم يتصور ارتفاع الزوال وثبوت الملك في المستقبل إلا بما يكون غاية للزوال كالإجارة إذا انقضت[٣] مدتها أو بسبب جديد ،[٤] سقوط ملك لا يحتمل التوقت كالطلاق والعتاق فلا يبقىٰ إلا السبب الجديد فلا يكون حينئذ خيار رجعة ورد للغائب[٥] بالأول ولا متعلقا به ، فثبت أن هذا الخيار منع[٦] زوال الملك إلىٰ أن يسقط بمضي العدة ، فإنه أمر محتمل كما لو علق بالشرط .

ولأن حكم السبب مما يجوز تأخره عن سببه بدليله كالبيع بشرط الخيار ، وتأخر وجوب الزكاة إلىٰ الحول بعد سببه وهو ملك النصاب ، وكذلك الصوم في حق المسافر ، فلما كان تأخير الحكم عن[٧] السبب متصورا بعارض وجب[٨] الحمل عليه قياسا لا علىٰ ما لا يتصور قياسا من السقوط للحال ثم العود بلا سبب جديد ولا رفع للأول ولا انتهاء حكم الزوال ، ولما كانت الرجعة لإعدام شرط الحرمة [صح[٩] بلا رضا المرأة لأنه لا حق لها في ذلك ، ولأن الشرع أثبت ذلك

---

[١] «أ» (كسائر).

[٢] «أ» (به يثبت).

[٣] «أ» (انقطعت).

[٤] «ن» ، «ص» (والدليل).

[٥] «أ» (الغائب) ، «ن» ، «ص» (الثابت).

[٦] «أ» (رفع) ، «ص» (يمنع).

[٧] «ص» (من).

[٨] «س» (وحيث) والمثبت من «أ».

[٩] «ص» (صحت).

الخيار للزوج عليها كما في البيع بشرط الخيار.

ولهذا صحت الرجعة عندي بغير[١] شهود لأنّه[٢] لإعدام[٣] شرط الحرمة لا لملك النكاح، والله تعالىٰ أمر بالشهادة ندبا كما في باب المداينة، ولأنّ الله تعالىٰ ذكر الفرقة ثم الإشهاد، فالإشهاد في الفرقة ندب[٤] فكذلك ما قبله، لأنّه يتصل بما قبله بحكم العطف فثبت علىٰ وفق ما ثبت للمعطوف[٥] عليه ضرورة، ولهذا لا يغرم المهر إذا وطئها، لأنه وطئ ملك نفسه، ولهذا ثبتت الرجعة بالوطء، لأن الملك قائم ويحتاج إلىٰ الإمساك لا غير، والوطء لا يحل[٦] في ملك علىٰ اختيار الملك وإمساكه كالبائع بشرط الخيار إذا وطئ الأمة يصير مستردا، وكذلك إذا عرضها وما لا يحل مع زوال أصل الملك.

فأما الجواب عن الأول: فما ذكرنا أن المراد بالرجعة الإمساك، وعن المعنىٰ الأول: أن الطلاق ما حرم في الأصل إنما المحرم زوال الملك، حتىٰ إذا زال بسبب غير الطلاق حرمت أيضا، وإذا ثبت الملك لا بالنكاح حلت كالأمة[٧].

فأما قوله: الطلاق شرع[٨] للقطع فنعم إذا لم يقترن به خيار، فأما مع الخيار

[١] «ن»، «ص» (بلا).
[٢] «ص» (لأنها).
[٣] في «أ»: (لإحرام).
[٤] «ص» (بدل).
[٥] في «أ»: (المعطوف).
[٦] زاد في «أ»: (إلا).
[٧] «ن»، «ص» (كالأم).
[٨] «ص» (يشرع).

فلا ، وهو عين المختلف فيه وأنه كالبيع شرع للتمليك بلا خيار ، وإذا اقترن به الخيار منع ، بل الطلاق مع الخيار حكمه ما بقي بعد الرجعة في حق التحريم ، فإنه باق بعد الرجعة ولا يبقىٰ بدون حكمه فعلمنا أن حكمه الذي لا ينفك التحريم الغليظ بشرط انضمام ثنتين إليه ، والقطع للحال إذا لم يكن معه خيار رجعة ، ومع الخيار القطع بعد مضي المدة بشرط عدم الرجعة في المدة علىٰ ما بينا .

وأما الاستدلال بالعدة فغير صحيح علىٰ وقوع الخلل[١] ، لأن العدة عندنا تجب بعد الحرمة والانقطاع ، وتجب قبل الحرمة إذا انعقد[٢] سبب القطع ليعمل السبب عند مضيها ، فتقع فائدة الاستبراء بأن لا يلزمها بعد الانقطاع ، وفي حق صاحب الماء بأن استبرأ بعد انعقاد[٣] سبب الحرمة بخلاف ما قبل الطلاق ، لأنه مريدها بالنكاح فلم يستقم الاستبراء عنه حال تحقق الإرادة ، فأما بعد الطلاق فقد تبين لنا أنه لا يريدها فاستقام .

ألا ترىٰ أن الرجل إذا أراد بيع أمته التي يطؤها ندب إلىٰ استبرائها بحيضة ، ولما ندب إليه مع قيام الحل عند إرادة عقد سبب الزوال علم أنه غير مستنكر شرعا بل مستحسن ، فجاز أن يجب عند تحقق سبب الزوال ، وتحقق عدم الإرادة وإن بقي الحل ولم يكن مستنكرا ، وأنت إنما ترد هذا لأنه أمر مستنكر شرعا لإثبات آخر وكذلك علىٰ أصلي إذا مات الرجل وبقيت المرأة فالنكاح قائم ، والحل قائم ، والعدة واجبة لتبين عن الزوج حال وقوع الغيبة[٤] عنها بالموت أصلا .

---

[١] «ن» ، «ص» (الاستدلال بالعدة عن الخلل فغير صحيح) .

[٢] «ن» ، «ص» (انعقدت) .

[٣] «ص» (انقطاع) .

[٤] «ن» ، «ص» (والعدة واجبة ليس من الزوج حال وقوع الغيبة) .

وعلىٰ عكس هذا قلنا: الرجل لا يغسل امرأته المتوفاة لأن ملك النكاح زال بموتها لأنها بعد الموت لا تصلح للوطء شرعا، وحل المس كان منوطا بملك النكاح فيزول بزواله، كما لو حرمت بالمصاهرة في حال الحياة، والخصم نفىٰ[١] الحل مع زوال الملك مرة، وحرم مع بقاء الملك أخرىٰ، والملك تفسيره ملك محلل[٢] لا غير والله أعلم.

|٦٩٥| مسألةٌ: إذا طلقها ثم راجعها ولم يعلمها حتىٰ تزوجت ودخل بها الثاني كان الأول أحق بها وهو قول علي رضي الله عنه وقولنا.

وقال مالك(٣) رحمه الله: الثاني أحق بها وهو قول عمر رضي الله عنه ويروىٰ في رواية عن عمر رضي الله عنه الرجوع إلىٰ قول علي رضي الله عنه، لكنه غريب، ووجه ذلك أن النكاح الثاني صحيح في حقها لأنها لم تكلف علم الباطن، ألا ترىٰ أن النسب يثبت من الثاني، فإذا دخل بها الثاني ترجح علىٰ الأول، وإذا لم يدخل ترجح الأول بالسبق.

إلا أنا نقول: الرجعة[٤] لإسقاط شرط البينونة فتصح بلا علم أحد، وإذا صح[٥] لم تبطل نكاحه فيفسد نكاح الثاني في الحقيقة، والأول صحيح حقيقة فلا يثبت بينهما تعارض، وإن ثبت أحكام النكاح للثاني في قول بعضهم، كمن زفت إليه غير امرأته فدخل بها، وكالقاضي إذا قضىٰ بنكاح بشهادة شهود ثم تبين

---

[١] «ن»، «ص» (بقىٰ).
[٢] «ن»، «ص» (والملك بعده محلل).
(٣) انظر: «التهذيب في اختصار المدونة» (٢/٤٢٩) «الكافي» (٣/٦١٨ - ٦١٩)، «تحبير المختصر» (٣/٢٣٢).
[٤] «ن»، «ص» (ولنا أن الرجعة).
[٥] «ص» (صحت).

أنهم عبيد بطل النكاح، وما مضىٰ من قبل تثبت فيه أحكام النكاح بالتأويل. والله أعلم.

[١] قال علماؤنا ﷺ العدة حق النكاح يجب قضاؤه عند انقطاع[٢] بعد الدخول أو بعد انعقاد سبب الانقطاع.

وقال الشافعي ﷺ(٣) هي حكم الطلاق يجب به، حتىٰ إذا طلقها ثلاثا متفرقات[٤] تجب العدة من آخرها في قوله القديم، واحتج[٥] بأنّ الله تعالىٰ يقول: ﴿وَٱلۡمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصۡنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٖ﴾ [البقرة: ٢٢٨] علق وجوب التربص باسم المطلقات[٦] لأنّه اسم مشتق من الطلاق فيكون علة لما نيط به[٧] ولأنّ العدة تجب استبراء للماء فيجب مما حرم الماء وفتح علىٰ الغير لئلا تختلط المياه، والفتح بالتفريق لا بالنكاح.

ولنا: أنّ الله تعالىٰ أوجب التربص ثلاثة أقراء بالطلاق[٨]، وقد اتصف بهذا الوصف بالطلاق الأول وبالثاني لم يزدد الوصف، فكونها مطلقة لا يزداد، إنّما يزداد الطلاق فكذا العدة لا تزداد كقول القائل: الداخلة منكن الدار غدا طالق، فدخلت[٩] طلقت، فإن دخلت مرة أخرىٰ لا يزداد الطلاق.

---

[١] في «ص» (مسألة).
[٢] «ص» (الإيقاع)، وفي «أ» (الانقطاع).
(٣) «الأم» (٥/٢٥٨).
[٤] في «أ»: (متفرقا).
[٥] في «أ»: (واضح).
[٦] «س»، «أ» (فعلم أنّ الوجوب بالطلاق)، والمثبت من «ص».
[٧] «ن»، «ص» (لما يبطله).
[٨] «ن»، «ص» (علىٰ الموصوفات بالمطلقات).
[٩] «ن»، «ص» (فدخلت امرأة).

ولأنّ تفريق الطلاق في الأقراء سنة ولو لزمها العدة بالآخر، لكن لما فيه من تطويل العدة والشرع نهانا عن ذلك، ثم[١] الاسم المشتق عندنا لا يجعل علة إلا أن يكون له تأثير في إيجاب الحكم على ما عرف في مسألة الربا بل جاز أن يكون علة وشرطا إذا لم يتبين[٢] تأثيره، وعن المعنى ما مر في كتاب النكاح في فصل العدد، والله أعلم.

|٦٩٦| [مسألةٌ][٣]: وأما حكم الثلاث فقد اختلف فيه:

قال عبد الله بن مسعود وعبد الله بن عباس وعبد الله بن عمر ﷺ: وطء الزوج الثاني يهدم حكم ما مضى من طلاق الأول واحدا كان أم ثلاثا(٤). وبه قال أبو حنيفة وأبو يوسف ﷺ.

وقال عمر وعلي وأبي بن كعب وعمران بن حصين ﷺ: لا يهدم حكم الواحدة والثنتين(٥) وبه قال محمد وزفر والشافعي(٦) ﷺ، لأن الله تعالى ما جعل وطء الزوج الثاني إلا غاية لحرمة الثلاث، فإنه قال: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا﴾ - يعني الثالثة - ﴿فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥۗ﴾ [البقرة: ٢٣٠]، أي تصير حراما عليه كالأخت من الرضاعة والبنت، حتى لو كانت أمة منكوحة فطلقها الزوج كل طلاقها ثم اشتراها لم تحل له كما لو اشترى أخته من الرضاعة[٧] إلا أن هذه

---

[١] «ن»، «ص» (وأما).

[٢] في «أ»: (ينتهي).

[٣] ما بين [ ] ليس في «س»، «أ» والمثبت من «ن»، «ص».

(٤) رواه سعيد بن منصور في «سننه» (١٥٣٨)، وابن أبي شيبة في «مصنفه» (١٨٣٨٨).

(٥) رواه عبد الرزاق في «مصنفه» (١١١٦٧).

(٦) انظر: «الأم» (٤/٩٢)، «نهاية المطلب» (١٤/٢٧٥)

[٧] «أ» (الرضاع).

الحرمة مؤقتة إلىٰ وطء الزوج الثاني كما قال الله تعالىٰ، وحرمة الرضاع[١] مؤبدة، وإذا لم يكن الوطء إلا غاية لحرمة الثلاث لم يكن لها غيره قبل الثلاث، لأن تلك الحرمة غير ثابتة لشيء[٢] منها لأنه لا يتجزأ ثبوتها، فلا حرمة قبل الثلاث، فلا يكون الوطء غاية لها لأنها وصف الحرمة فيقال: حرمة مؤقتة.

والوصف لا يسبق الموصوف، وهذا كرجل يقول: والله لا أكلم فلانا بعد شهر حتىٰ استشير فلانا، فاستشاره قبل الشهر لم يكن معتبرا في حق اليمين لان اليمين أوجب تحريم الكلام بعد شهر إلىٰ غاية الاستشارة، فقبل الشهر لا حرمة، فلا تكون الاستشارة غاية لها، ولغت في حقها.

ولا معنىٰ لقولكم: إن الوطء رفع الثلاث فالواحدة أولىٰ، لأن الطلاق واحد كان أو ثلاثا فلفظ قد مضىٰ لا يتصور رفعه، وحكمه سقوط الملك، أو سقوط الحل لا يحتمل[٣] الرفع بوجه[٤] كالعتاق ولكن الحرمة تحتمل التوقيت كتحريم الله تعالىٰ البيع إلىٰ أن تقضىٰ الجمعة، والتحريم باليمين[٥] وتحريم الاصطياد علىٰ المحرم إلىٰ أن يحلّ لأنه منع من فعل فيحتمل التوقيت كالفعل مثل الصوم والإجارات.

ألا ترىٰ أنها تقبل النسخ[٦]، فكم من حرام قبلنا حل لنا، وبالنسخ[٧] يتبين

---

[١] «أ» (الرضاعة).

[٢] «أ» (ثابت شيء).

[٣] علق في حاشية «أ» بقوله: (لأنه إسقاط فيه بلاشيء).

[٤] حاشية «س» (لأنه إسقاط فيه تلاش).

[٥] «س» بعد قوله: (والتحريم باليمين) يبدأ قوله: [صح بلا رضا المرأة.... الأول بالسبق].

[٦] «ن»، «ص» (بالفسخ).

[٧] «ن»، «ص» (وبالفسخ).

أن الحرمة كانت إلى تلك الغاية فثبت أن الوطء لا يرفع شيئا ولا يوجبه بل حرمة الثلاث تنتهي بالوطء فتصير من المحللات كما كانت من قبل لكونها[١] بنت آدم[٢] عليه السلام ، فإن الله تعالى خلقها حلالا للرجال لا تحرم إلا بأسباب بينها الله منها التطليقات الثلاث ، وكانت الحرمة بها مؤقتة فإذا انتهت سقطت وصارت حلالا بحل غير الأول ، لأن الأول كان فائتا بضدها ، ولكن بالعلة التي ثبت الأول بها وهو أنها بنت آدم عليه السلام ، كالرجل يؤجر داره فتخرج المنافع عن ملكه ثم تسقط الاجارة بغايتها[٣] فتصير المنافع لصاحب الدار بالعلة التي كانت قبل الاجارة وهي ملك الدار ، لكنه ملك جديد غير الأول لزوال الأول بالتمليك وعدم ارتفاع سبب الزوال ، فالأوصاف لنا كلها أعراض بمنزلة المنافع تتجدد ساعة فساعة ، فيكون المستحق من الوصف في كل زمن غير الذي مضى وإن لم يتخلل بينها ما يزيلها فكيف وقد تخلل ما أزالها ، وتقرر سبب الزوال ولم يرتفع ، وإذا صارت من المحللات بانتهاء الحرمة لم تحرم إلا بثلاث ، لأن المحل[٤] لا يفوت إلا بثلاث.

ولا معنى لقولكم: كل تطليقة تحرم نكاحا ، ووطء الزوج الثاني يرفع حرمة الأنكحة الثلاث فيرفع حرمة نكاح واحد لأنه مجاز[٥] ، والتطليقة تقطع ملك النكاح ولا تحرم نكاحا مستقبلا بحال بنفسها إلا بواسطة الحرمة ، فإذا جاءت الحرمة التي ذكرناها لم تحل كما لو حرمت برضاع أو مصاهرة غير أنها لا تثبت إلا بثلاث ، فكذلك ملك ثلاثة أنكحة بعد كل تطليقة لأن الحل غير فائت قبل الثلاث

[١] «ص» (من كونها) وفي «أ» (تكونها).

[٢] «ص» (بنتا لآدم).

[٣] «ص» (لغايتها).

[٤] «ص» (الحل).

[٥] «ص» (محل).

حتىٰ إذا لم يفت الحل بسائر وجوه[١] الفرق من رده وملك يمين ملك ألف نكاح واحدا بعد واحد علىٰ امرأة واحدة، ولو حرمت برضاع بلا طلاق لم تملك إلا نكاحا واحدا.

ولا معنىٰ لقولكم: إن وطء الزوج يجعلها في حكم البائن من الأول بلا طلاق، لأنه لا يجعلها كذلك إلا بواسطة وهي انتهاء الحرمة الأولىٰ به وثبوت حل جديد ولا طلاق في الجديد، فلا تحرم إلا بثلاث غير الأولىٰ كالأمة تعتق ثم ترتد[٢] فتسبىٰ إن كان رقا غير الأول ولا يرتفع إلا بعتق جديد لا أن يجعلها السبي في حكم من لم يعتق.

ولامعنىٰ لقولكم: إن وطء الزوج يرفع حرمة الثلاث فيمنع ثبوتها إذا قارن أركان العلة وهي أعداد التطليقات لأن ما رفع منع من طريق الأولىٰ، لأن الوطء لا يرفع الحرمة ولا ينقصها بل تنتهي به كالإجارة إذا حل أجلها لا يقال: ارتفعت به بل تمت وانتهت وتقررت، والرفع لا يكون إلا بعد الثبوت فإذا لم يكن ثابتا إلا بعد الغاية كيف يرفع، ولا يقال المرأة بوطء الزوج الثاني تصير في حق الأول محللة مطلقة لا تحرم إلا بثلاث لأنها لا تصير محللة مطلقة إلا بالوطء لكن بكونها بنت آدم ﷺ خالية عن أسباب الحرمة، فإن ذلك لا يعرف إلا بالشرع، والله تعالىٰ لم يذكر الوطء إلا غاية للحرمة، فمن جعله علة للحل احتاج إلىٰ دليل آخر، فلا الوطء رافع ليمنع حتىٰ[٣] إذا رفع الكل رفع البعض، ولا موجب كل الحل ليوجب بعضه، ولكنه غاية لكونها محرمة علىٰ الوجه الذي قلناه، فما لم

---

[١] «ن» (لسائر).

[٢] «ن» (وترتد).

[٣] «ن» (أو حتّىٰ).

تثبت تلك الحرمة لا يكون الوطء غاية فيصير وجودها وعدمها بمنزلة.

ووجه قول الآخرين: أن الوطء لما سقطت به الحرمة الثابتة بالثلاث فلأن تسقط به وهي تعرض الثبوت أولى لأنها دون الأولى، والتطليقة الواحدة إن لم توجب حرمة فهي تعرض أن توجب أولا رفع الوطء الحرمة مع ثبوتها إذا قارن سبب ثبوت الحرمة ولا يتضح لأبي حنيفة ﷺ وجه ما لم يجعل الوطء متعرضا لحكم الثلاث بالرفع أو للحل بالإيجاب، وعند الوطء ترتفع الحرمة ويجب الحلّ، فالظاهر أنهما يضافان إليه، وقال النبي ﷺ: «لعن الله المحلِّل والمحلَّل له»(١)، وأراد به الزوج الثاني إذا تزوجها ليحللها على الأول، فسماه رسول الله ﷺ محللا، فثبت أنه محلل، وإنما ارتفعت الحرمة لوجود ما يضادها، وأن معنى قول الله تعالى: ﴿حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ﴾ [البقرة: ٢٣٠]، ليس أنه[٢] نهاية، ولكن لأنه محلل فلا تبقى معه الحرمة فكان بمعنى النهاية مجازا، كقوله تعالى: ﴿وَلَا جُنُبًا إِلَّا عَابِرِي سَبِيلٍ حَتَّىٰ تَغْتَسِلُوا۟﴾ [النساء: ٤٣] والغسل موجب طهارة ورافع حدثا، ولكن لما لم يبق الأول مع رافعه كان بمعنى النهاية، وعند الوطء ترتفع الحرمة ويجب الحل، فالظاهر أنهما يضافان إليه وإذا أضيف إليه ثبت قوله، لأنه متى جعل موجبا لحل لا يزول إلا بثلاث فالحل الأول، وإن بقي ثبت بالوطء حل لا يزول إلا بثلاث، لأن بقاء الأول لا يمنع ثبوت الآخر لأنه في الحكم غير الأول، لأن الأول يزول بالباقي من التطليقات وهذا لا يزول إلا بثلاث فصح إثباته لما فيه من الفائدة، وكذلك إن جعل متعرضا للحرمة لما رفعها منع ثبوتها، فيتضح

---

(١) رواه الترمذي (١١٢٠) وقال: «هذا حديث حسن صحيح»، والنسائي (٣٤١٦) وأحمد (٣٤٠٨) عن ابن مسعود رضي الله عنه.

[٢] «ص» (له).

قول أبي حنيفة رضي الله عنه إذا نظر إلى الوطء وإلى ما يتغير عنده من الحكم ، ومتى نظر إلى موجب نص الآية أشكل ، وأنه أولى الأمرين قولا بظاهر كلمة حتى ، ومتى نظر إلى السنة كان الأمر كما قال أبو حنيفة رضي الله عنه ، وكل نص يحتمل المجاز فإنه يقال: سماه النبي صلى الله عليه وسلم محللا ، لأن النهاية مفيدة للحل الأول شرطا حيث انتهت الحرمة بها ، فكان[١] بمعنى الموجب.

ولأبي حنيفة رضي الله عنه: ترجيح من وجه آخر وهو أن أحكام الطلاق كلها تقع متأبدة لا إلى غاية ، ولكنها بحيث تنقطع الأحكام بما يوجب ضدها كالطلاق البائن[٢] يوجب بينونة مؤبدة ، وينقطع بنكاح جديد ، فكان النكاح غاية بأن كان موجبا حلا جديدا فكان قاطعا للأول كالحدث للغسل ، والغسل للحدث ، فكذلك الحرمة بالثلاث يجب أن لا تكون متناهية في نفسها بل تتناهى بدافع حكمها بموجب مالا[٣] يضاد تلك الحرمة ، ومسألة يختلف فيها كبار الصحابة رضي الله عنهم يصعب الخروج عنها ، وبالله التوفيق.

وثبت أن كلمة «حتى» تحتمل ما يرفع الحكم كقولك: لاتُصل جنبا حتى تغتسل ، ولا تطأ المطلقة بائنا حتى تنكح[٤] وإنه مجاز مستعمل فيجري مجرى الحقيقة ، والله أعلم.

❊ ❊ ❊

[١] في «أ»: (وكان).
[٢] «ن» (الثاني).
[٣] في «أ»: (حلًّا).
[٤] «س» «أ» (تنكحها) ، والمثبت من «ن».

فهرس الموضوعات